Die Haftung des Arztes.

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde einer hohen juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Josef Kösters
aus Wolbeck i. Westf.
Approbiert von 21. Januar 1931.

Münster i. W.

Buchdruckerei A. Frye, Münster i. W., Hörsterstraße 47-48

1931

21:278

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent:
Geheimer Justizrat
Universitätsprofessor Dr. jur. et Dr. phil. B. Kübler.

Inhaltsübersicht.

A) Kurzer geschichtlicher Ueberblick. 8

B) I. Die Haftung des Arztes für den durch ärztliche Tätigkeit entstandenen Schaden. . . . . .

1. Die Haftung des Arztes aus Vertrag. . . . 9
2. Die Haftung des Arztes aus Geschäftsführung ohne Auftrag 22
3. Die Haftung des Arztes aus unerlaubter Handlung. 25

II. Die Haftung des beamteten Arztes. 31

III. Die Haftung für Diebstähle im Wartezimmer. . 34

IV. Ausschluß und Beschränkung der Haftung. . . 35

V. Die Haftung des Arztes für Vertreter und Hilfspersonen. 38

C) Zusammenfassung. 46

Literaturverzeichnis.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches, 10. Aufl. Berlin 1929.
Archiv für die zivilistische Praxis. (Arch. ziv. Prax.). Bd. 110.
Archiv für praktische Rechtswissenschaft (Arch. f. pr. R.). Bd. 14.
Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begründet von Goltdammer (Goltd. Arch.) Bd. 23.
v. Blume: Vertragshaftung und Deliktshaftung. Tiergefahr und Vertragsgefahr. In „Recht" 1905. S. 481 ff.
Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 7. Aufl. Jena 1922.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen-Leipzig 1900 — 1902.
„ Der Anspruch aus unerlaubten Handlungen in Konkurrenz mit anderen Ansprüchen aus demselben Tatbestand. In DJZ. 1904. S. 14 ff.
Delius: Die Beamtenhaftpflichtgesetze des Reiches und der Länder. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1929.
„ Haftung für Diebstahl in Geschäftsräumen im „Recht" 1920, S. 33.
Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 3. Aufl. Halle a/S. 1906.
Detmold: Der Begriff des Schutzgesetzes im § 823 des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Festgabe für Regelsberger. Leipzig 1901.
Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ.).
Ebermayer: Der Arzt im Recht. Leipzig 1930.
Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1904.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Berlin 1909.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 22/34. Aufl. Marburg 1927 und 1928.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (zit. RG. Str.).
„ des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit. RG. Z.).
Entwurf, Begründung und II. Anlagen zu einem allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch vom 14. V. 1927 (zit. Entwurf).
Flügge: Das Recht des Arztes. Berlin und Leipzig 1903.
Fromherz: Ein Beitrag zur Lehre von der Verursachung vom Standpunkt der deutschen Rechtsprechung. Im Arch. ziv. Prax. Bd. 110, S. 23 ff.
Fuchs: Zusammentreffen der Haftung aus unerlaubter Handlung mit der Haftung aus Vertrag. Im „Recht" 1917, S. 151 ff.
Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten. 10. Teil, 1. Abteilung. Erlangen 1808.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl. Berlin 1904.
Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. (zit. Gruch.). Bd. 55.
Hammer: Aerztliche Eingriffe in den menschlichen Körper vom bürgerlich-rechtlichen Standpunkt aus. Erlanger Diss. 1915.

Hefke: Der Arzt im römischen und heutigen Recht. Im Arch. f. pr. R. 14. Bd. S. 1/69 und 113/152.
Hellwig: Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben. Leipzig 1905.
Jhering: Der Zweck im Recht. Leipzig 1883.
Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. (zit. Jher. Jahrb.). Bd. 59.
Joachim und Korn: Deutsches Aerzterecht. Berlin 1911.
Juristische Wochenschrift (JW.). 1906, 1909, 1911, 1913, 1917, 1918, 1925.
Klamroth: Die ärztliche Operation unter spezieller Betrachtung der Operation an Bewußtlosen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Rostocker Diss. 1913.
Krückmann: Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Aufl. Leipzig 1912.
„ Nachlese zur Unmöglichkeitslehre in Jher. Jahrb. 59, S. 20 ff.
Kübler: Geschichte des Römischen Rechts. Leipzig-Erlangen 1925.
Kuhlenbeck: Der Werkvertrag. In JW. 1905, S. 513 ff.
Kühner: Acht Thesen nebst Motiven und Fragestellung betreffend die rechtliche Verantwortung der Aerzte. Frankfurt a/M. 1887.
Kühner: Straf- und zivilrechtliche Verantwortung des Arztes. Leipzig 1909.
Kutner: Aerztliche Rechtskunde. Jena 1907.
v. Landmann: Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, 7. Aufl. München 1925.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (zit. LZ.) 1915.
Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. Leipzig 1912.
Loewenwarter: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1926/1928.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag. Leipzig 1908.
Mansfeld: Zur Haftung des Arztes wegen Pflichtverletzung. In LZ. 1915, S. 334.
Merkel: Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit. Irrtum In JW. 1925, S. 893.
Meyer: Das ärztliche Vertragsverhältnis. Berlin 1905.
Mugdan-Falkmann: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. (zit. Rspr. OLG.).
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, II. Bd. 5. Aufl. Berlin 1929.
Ortmann: Zur Lehre vom Kausalzusammenhang. In Goltd. Arch. 23. S. 268 ff.
Pernice: Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht. Weimar 1867.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. Berlin 1920/1928.
Rabel: Die Haftpflicht des Arztes. Leipzig 1904.
Recht, das Rundschau für den deutschen Juristenstand (Recht). 1905, 1915, 1917.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläut. von Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht, 6. Aufl. Berlin-Leipzig 1928.
Reimer: Amtshaftung aus öffentlicher Gewalt. Berlin 1919.
„ Umfang und Art der Amtshaftung. Berlin 1920.

Rosenthal: Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. Berlin 1929.
Rümelin Gustav: Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.
„ Max: Haftung im klinischen Betrieb. Tübingen 1913.
Schöller: Schuldhafte Nichterfüllung von Verträgen. In Gruchot Bd. 46, S. 26.
Schütze: Das Operationsrecht des Arztes mit besonderer Berücksichtigung des Falles der Bewußtlosigkeit des Patienten unter zivilrechtlicher Beleuchtung. Rostocker Diss. 1911.
Seuffert's: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. (zit. Seuff. Arch.). Bd. 60, 63, 67, 75.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführ. Ges. 4. Aufl. Stuttgart 1929.
Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1926 — 1930.
Traeger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1929.
Warneyer: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. (zit. Warn. Rspr.).
„ Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl. Tübingen 1930.
Werner: Die Schadensersatzpflicht wegen Verschuldens bei Erfüllung einer Verbindlichkeit. Im Recht 1903, S. 308.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt a/M. 1906.
Zitelmann: Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung. Leipzig 1908.

A. Kurzer geschichtlicher Ueberblick.

Eine Verantwortlichkeit des Arztes für Pflichtverletzungen besteht schon seit altersher. Die alten Aegypter setzten auf Abweichungen von den ärztlichen Kunstregeln harte Strafen.[1]) Bei den Babyloniern wurde schon weit mehr als 2000 J. v. Chr. die Tötung oder Körperverletzung durch eine fahrlässig ungeschickte Operation mit dem Abhauen der Hand bestraft.[2]) In Rom wurde[3]) die Heilkunde in ältester Zeit von den Priestern ausgeübt; es gab keine Verantwortlichkeit wegen angeblicher Mißerfolge der ärztlichen Einwirkung, da man ja die Götter selbst hätte zur Verantwortung ziehen müssen. Die spätere Zeit überließ die Ausübung der Heilkunde den in Rom zusammenströmenden Fremden, den Sklaven und Freigelassenen. Die Gesetzgebung bot auch diesen Aerzten gegenüber, abgesehen von der lex Cornelia de sicariis et veneficis (80 v. Chr.), die man auf die Verabreichung eines tödlich wirkenden Heilmittels anwandte, kaum eine Handhabe, jemand wegen Fehler in der ärztlichen Kunsthilfe zur Rechenschaft zu ziehen. In der Kaiserzeit ging man dazu über, die aus der Zeit der Republik stammende lex Aquilia auf vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtverletzungen des Arztes anzuwenden. Das aquilische Gesetz und seine Erweiterungen bezogen sich nur auf bestimmte Fälle der Verletzung der Integrität einer körperlichen Sache durch unmittelbare Einwirkung; seine Bestimmungen sind aber ausgedehnt worden auf jede Schadenszufügung an körperlichen Sachen und endlich auch auf die Verletzung freier Menschen.[4])

Die zivilrechtliche Haftung des Arztes hat sich in der deutschen Praxis auf Grund der römischen Quellen entsprechend der Zersplitterung des Rechts entwickelt.[5]) Auch die französische Rechtsprechung schloß sich teilweise den Quellen an, teils trat sie jedoch für eine Milderung des Haftungsmaßstabes ein; man verlangte bei Unwissenheit und Ungeschicklichkeit

[1]) Vgl. Rabel S. 73; Kühner S. 143.

[2]) So Rabel S. 73; Lißt in Kutner S. 18/19.

[3]) Vgl. die ausführlichen Erörterungen von Hefke S. 1—69 und 113—152 im Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft mit genauer Quellenangabe.

[4]) Das aquilische Gesetz ist auf das Jahr 286 v. Chr. zurückzuführen. Die Prätoren und Rechtsgelehrten der folgenden Zeit haben ihm dann zu der weiteren Ausdehnung verholfen. Vergl. Glück, X, S. 310, Kübler, S. 186, Pernice, S. 19, Windscheid-Kipp § 455 S. 972, Hefte, S. 140.

[5]) Vgl. Rabel S. 74/75.

des Arztes zur Begründung einer Verantwortlichkeit schweres Verschulden, grobe Fahrlässigkeit, und es wurde dem Kranken selbst zur Last gelegt, wenn er einen unwissenden und unerfahrenen Chirurgen zuzog.[6]) Die milde Ansicht des französischen Rechts regte auch bei der Schaffung eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund zu Versuchen an, durch verschiedene Bestimmungen die ärztliche Verantwortlichkeit einzuschränken. Es kam jedoch nicht dazu, da sich Schwierigkeiten juristischer und medizinischer Art, als auch vor allem die Absicht, „bei dem durch die Gewerbeordnung freigegebenen ärztlichen Gewerbe die Gefährdung des Lebens und der Gesundheit durch unqualifizierte, die Heilkunde gewerbsmäßig ausübende Personen strenge zu ahnden," hindernd in den Weg stellten. Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist ebenfalls keine besondere Haftung für den Aerztestand vorgesehen; die Aerzte haften allgemein auch nach heutigem Recht, ebenso wie in Rom[7], für jedes Verschulden. Sie können strafrechtlich für jede schuldhafte Handlung zur Verantwortung gezogen werden und zivilrechtlich für den von ihnen angerichteten Schaden zur Leistung von Schadenersatz gezwungen werden.

B.

1. Die Haftung des Arztes für den durch ärztliche Tätigkeit entstandenen Schaden.

Hier soll nur geprüft werden, unter welchen Voraussetzungen der Arzt nach Bürgerlichem Recht verpflichtet ist, Schadensersatz zu leisten. Die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit wird nur insoweit erörtert werden, als es zur Beantwortung der Frage nach der zivilrechtlichen Haftung erforderlich ist.

Die Haftung des Arztes aus Vertrag.

Eine Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz kann sich für den Arzt zunächst einmal ergeben aus einem von ihm mit dem Kranken oder dessen Vertreter geschlossenen Vertrag. Ein solcher Vertrag kommt zustande durch die übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien. Es bedarf eines formlosen Vertragsantrages seitens des Kranken, der im täglichen Leben meist darin bestehen wird, daß der Kranke den Arzt zum Zwecke sofortiger Behandlung aufsucht, oder ihn schriftlich oder fernmündlich um seinen Besuch bittet. Behandelt der Arzt den ihn aufsuchenden Kranken oder sagt er seinen

[6]) Vgl. Rümelin S. 8.

[7]) Dig. 1, 18 L 6 § 7; Dig. 9, 2 L 7, § 8; Dig 9, 2 L 8 pr.; Jnst. 4, 3 § 6; Jnst. 4, 3 § 7. Vergl. dazu die Ausführungen von Hefke S. 140 ff.

Besuch zu, so ist damit der Vertragsantrag angenommen, der Vertrag zwischen dem Arzt und dem Kranken zustandegekommen. Die Annahme des Antrags ist nämlich ebenfalls an keine Form geknüpft und kann sowohl mündlich und schriftlich als auch durch konkludente Handlungen erklärt werden, die den Willen des Arztes erkennen lassen, den Vertragsantrag anzunehmen.

Auch dem abwesenden Arzt kann ein Vertragsantrag gemacht werden; das geschieht meist dann, wenn der Kranke, der den Arzt in seinem Hause nicht antrifft, die Bitte um dessen baldigen Besuch den Angehörigen oder Hausangestellten des Arztes vorträgt. Dann liegt ein gültiger Vertragsantrag vor, die vorgenannten Personen sind regelmäßig zur Entgegennahme des Vertragsantrages ermächtigt. Ein Vertrag ist aber noch nicht zustandegekommen, weil es an der Annahme des Antrags fehlt. Nach § 147 Abs. II BGB. kann der einem Abwesenden gemachte Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Hat jedoch der Antragende für die Annahme des Antrags eine Frist bestimmt, so kann die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen. (§ 148 BGB). Im Falle des § 148 BGB würde somit eine verspätete Annahme seitens des Arztes das Zustandekommen eines Vertrages nicht mehr bewirken können. Praktisch wird jedoch dem Arzt wohl nur in den seltensten Fällen eine solche Frist gesetzt; weit häufiger wird dem Vertragsantrag die Fristbestimmung fehlen. In diesem Fall will Meyer [8]) mit der Vorschrift des § 157 BGB helfen, wonach Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Nach seiner Ansicht ist in einem solchen Falle „eine Antwort, d. h. eine Erklärung des Arztes darüber, ob er den Antrag annehmen wolle oder nicht, nach der Verkehrssitte überhaupt nicht zu erwarten; die Annahme des Antrags kommt hier regelmäßig durch konkludente Handlungen zustande." Er wendet sich gegen Flügge, [9]) der die Vorschriften der §§ 147 Abs. II. 148 BGB für anwendbar hält. M. E. trifft Meyers Ansicht nicht ganz zu. Nach der Verkehrssitte ist in solchen Fällen sehr wohl eine Erklärung des Arztes zu erwarten; zuzugeben ist Meyer, daß diese meistens durch konkludente Handlungen — durch den auf die Bestellung hin erfolgenden Besuch — abgegeben wird.

[8]) S. 10 ff.
[9]) S. 60.

Aber in diesen konkludenten Handlungen liegt auch die Erklärung der Annahme des Vertragsantrages.[10]) Die Bestimmung des § 157 BGB heranzuziehen, wie Meyer es will, scheint mir überflüssig zu sein, da der § 147 Abs. II BGB bei richtiger Anwendung genügend Spielraum bietet, um die Interessen der Parteien nach jeder Richtung hin abzuwägen. Einer unmittelbaren Anwendung der §§ 147, II, 148 BGB steht daher m. E. nichts im Wege.[11])

Es ist dem Arzt unbenommen, einen an ihn gerichteten Vertragsantrag abzulehnen. § 144 Abs. II GO hat alle Bestimmungen, welche den Aerzten als besondere Berufspflicht den Zwang zur ärztlichen Hilfe auferlegten, aufgehoben. In Notfällen besteht natürlich trotz dieser Vorschrift auch für den Arzt die allgemeine staatsbürgerliche Pflicht, nach Maßgabe der bestehenden Gesetze Hilfe zu leisten.[12]) Auch nach bürgerlichem Recht besteht für den Arzt völlige Freiheit in der Annahme eines Vertragsantrages. Etwaige Zeitungsanzeigen, Hausschilder usw. enthalten nur eine sogenannte Einladung zur Offerte, noch keinen Vertragsantrag selbst; nicht das Publikum ist dadurch etwa in die Lage versetzt, einen ärztlichen Vertragsantrag anzunehmen, vielmehr hat dieses erst den Antrag zu machen. Es besteht somit für den Arzt kein Kontrahierungszwang.[13]) Nach der bei Planck[14]) und Soergel[15]) vertretenen Ansicht soll der Arzt, der durch öffentliche Anzeige in den Blättern, durch Anschläge an Säulen oder durch Schilder am Hause sich dem Publikum anbietet und den Antrag nicht annehmen will, verpflichtet sein, die Ablehnung des Vertragsantrags dem Auftraggeber bekannt zu geben. (§ 663 BGB). Der Kommentar der Reichsgerichtsräte[16]) sagt jedoch m. E. mit Recht: „Der Arzt, der einen Kranken behandelt, besorgt diesem gegenüber kein Geschäft; er leistet ihm Dienste; wohl aber besorgt der Arzt ein Geschäft, der für einen unterstützungspflichtigen Armenverband die Behandlung eines Kranken übernimmt,

[10]) Es bleibt somit auch nach meiner Ansicht für die Anwendung des § 151 BGB., der von dem Erfordernis der Empfangsbedürftigkeit der Annahme eine Ausnahme macht, kein Raum. (Siehe auch Meyer S. 11/12 mit anderer Begründung.)

[11]) So auch Flügge S. 60.

[12]) Landmann § 144 Anm. 3 S. 714.

[13]) In dieser Frage besteht jetzt Einigkeit.

[14]) Planck, § 663, Anm. 2.

[15]) Soergel, § 663, Anm. 1.

[16]) R. G. K. Komm. Vorbem. zu §§ 662 ff, Note 2. S. 317 und § 663, Anm. 2, S. 320.

oder der in seiner Heilanstalt die Ehefrau oder ein Kind für den unterhaltspflichtigen Ehemann oder Vater behandelt und verpflegt, da er diesem eine wirtschaftliche Sorge abnimmt."

Das Vertragsverhältnis zwischen dem Arzt und dem Kranken ist als Dienstvertrag anzusehen. (§§ 611 ff. BGB). Der Arzt soll dem Kranken seine Dienste leisten. Es liegt zwar in der Natur der Sache, daß der Vertragszweck dahin geht, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Trotzdem kann man beim Arztvertrag nicht von einem Werkvertrag, dessen Charakteristikum die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges ist, sprechen. Denn dieser Erfolg ist nur der weitere, entferntere Zweck des Vertrages, der erst herbeigeführt werden soll durch die dem Arzt auf Grund des Vertrags obliegende Leistung. Der Erfolg wird regelmäßig von den Parteien gewollt und erstrebt. Doch wird der Vertrag nicht in dem Sinne geschlossen, daß dem Arzt die Verpflichtung erwächst, den Erfolg unmittelbar herbeizuführen, sondern nur, seine Dienste zur Verfügung zu stellen, damit dadurch der Erfolg herbeigeführt werde. Die Herbeiführung des Heilungserfolges ist zwar Sinn und Zweck des Vertrages, jedoch kann der Arzt sie mit Bestimmtheit garnicht versprechen. Den Erfolg herbeizuführen, liegt nicht in seiner Macht. Der Arzt kann also nur versprechen, sich nach besten Kräften zu bemühen, den Erfolg herbeizuführen. Wenn aber eine Arbeitsleistung versprochen wird, so liegt Dienstvertrag und nicht Werkvertrag vor. Wenn Meyer [17]) den gewollten Erfolg in der „Erreichung der gewollten mechanischen Veränderung eines menschlichen Körperteils" sieht, so muß man dazu doch sagen, daß dem Kranken weniger an der Erreichung dieser Veränderung als an der Erreichung der Gesundheit gelegen ist. Lotmar [18]) nimmt an, daß es sich bei dem Rechtsverhältnis zwischen dem Arzt und seinem Auftraggeber in den meisten Fällen um einen Werkvertrag handele, falls Akkordlohn vereinbart sei. Der vertragsmäßige Erfolg sei dann der Heilerfolg. Die Parteien nähmen zwar diesen Erfolg in Aussicht, und der Arzt würde seine Herbeiführung auch erstreben, aber nur „als Erfolg des Erfolges seiner vertragsmäßigen Tätigkeit." In der Mehrzahl der Fälle bestehe nämlich die ärztliche Leistung in der Untersuchung des Patienten mit dem Erfolg der Gewinnung einer Diagnose und eines Heilplanes, sowie in der Raterteilung mit dem Erfolg des Beratenseins. Der Vertrag habe somit eine

[17]) S. 36.

[18]) II S. 876 ff.

Arbeit samt Erfolg zum Gegenstande.[19]) Unter diesen Voraussetzungen will Oertmann[20]) der Ansicht Lotmars zustimmen. M. E. liegt aber doch die Annahme näher, daß die Parteien bei Vertragsabschluß einen derartigen Erfolg nicht im Auge haben. Wenn jemand ärztliche Hilfe in Anspruch nimmt, so will er als Erfolg letzten Endes nicht eine Diagnose oder ein Beratungsergebnis, sondern den Heilerfolg. Da aber der Arzt sich zu einem Heilerfolg regelmäßig nicht verpflichten kann, wird der Vertragswille der Parteien sich nur auf ein Tätigwerden des Arztes erstrecken. Der von den Parteien natürlicherweise erstrebte und erwünschte Heilerfolg wird dann aber nicht Inhalt des Vertrages. Ich komme somit zu dem Ergebnis, daß das ärztliche Vertragsverhältnis i m m e r als Dienstvertrag anzusprechen ist, wenn nicht ausnahmsweise ein ganz außergewöhnlicher Fall die Regeln über den Werkvertrag anzuwenden zwingt.[21])

Der in heutiger Zeit immer seltener werdende Hausarztvertrag zeigt in seiner Charakterisierung keine Abweichungen von dem gewöhnlichen Arztvertrag und ist ebenfalls den Regeln über den Dienstvertrag zu unterstellen. Der Arzt hat hier die Pflicht, seine Dienste zu leisten bei allen Krankheiten, die im Laufe eines gewissen Zeitraumes in der Familie auftreten. Wegen der zunehmenden Spezialisierung der ärztlichen Tätigkeit ist heute die Bedeutung des Hausarztes beträchtlich gesunken.[22])

Nach § 611 Abs. I BGB wird derjenige, der Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Die hauptsächlichen Rechtswirkungen des Dienstvertrages sind somit auf der einen Seite die Verpflichtung zur Leistung der versprochenen Dienste und auf der Gegenseite die Verpflichtung zur Gewährung der vereinbarten Vergütung. Soweit aber in den §§ 611 ff. BGB keine besonderen Vorschriften getroffen sind, gelten die allgemeinen Regeln des Rechts der Schuldverhältnisse. Das trifft auch zu hinsichtlich der Erfüllung der beiderseitigen

[19]) Lotmar II S. 879.

[20]) Vorbem. zu § 611, Anm. 1 b Abs. 6 S. 895.

[21]) Im wesentlichen übereinstimmend: RGR-Komm. Vorbem. 2, b, Abs. 5 zu § 611, S. 243; Staudinger, Vorbem. zu § 611, V, 1, a. Warneyer, Komm. § 611 Anm. 1, b, Abs. 6, S. 895/96; Enneccerus § 370, I, 2 a, S. 459; Loewenwarter § 611, S. 208; Meyer S. 28; Flügge S. 64; Hellwig S. 17; Rabel S. 75/79; Ebermayer S. 72/73; Hammer S. 17; Zitelmann S. 3/4; Mansfeld in LZ 1915, S. 334; OLG München in Seuff. Arch. 60, 223 ff. Nr. 120.

[22]) Vgl. Ebermayer S. 73; Hammer S. 26.

Leistungen. Falls der Arzt die ihm auf Grund des Dienstvertrages obliegende Leistung nicht oder nicht gehörig erfüllt, und dadurch seinen Auftraggeber schädigt, haftet er für seine Pflichtverletzungen nach den allgemeinen Regeln über Schadensersatzpflicht bei Verträgen.

Die typischen, im Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich geregelten Fälle der Schadensersatzpflicht sind die Unmöglichkeit und der Verzug. Wenn durch verschuldete Unmöglichkeit der ärztlichen Dienstleistung ein Schaden entsteht, so ist der Arzt ersatzpflichtig. Ferner kann die Haftung wegen schuldhaft verzögerter Dienstleistung gegeben sein. Der Arzt hat als Schuldner der vertraglichen Verpflichtung die ihm vertraglich obliegende Leistung sofort zu erfüllen. (§ 271 BGB.). Jedoch ergibt die Eigenart des ärztlichen Berufes, daß der Arzt seine Hilfeleistung regelmäßig nicht sofort gewähren kann. Es sind womöglich mehrere Kranke da, deren Bestellung ihm gleichzeitig oder kurz hintereinander zugegangen ist, oder es ist der eine Patient lebensgefährlich, der andere nur verhältnismäßig leicht verletzt oder erkrankt. Unter diesen und ähnlichen Umständen muß man dem Arzt das Recht einräumen, seine Kranken in einer Reihenfolge zu besuchen oder zu behandeln, wie es ihm den Verhältnissen nach am richtigsten erscheint. Es hat [23]) kein Kranker das Recht, zu verlangen, vor dem anderen behandelt zu werden. Doch sind von derartigen Fällen scharf zu sondern diejenigen, erfreulicherweise nicht häufigen Vorkommnisse, daß der Arzt, anstatt den notwendigen Krankenbesuch zu machen, seinen Liebhabereien nachgeht, ein Fest besucht u. a. Das würde den Arzt zum Schadenersatz verpflichten, wenn dem Kranken durch sein schuldhaftes Zögern ein Schaden entstanden wäre.

Viel häufiger und für die Frage der Haftpflicht des Arztes weit bedeutsamer sind aber die Fälle, wo der Arzt während der Vornahme seiner Tätigkeit Pflichtverletzungen begeht. Man spricht hier allgemein von Kunstfehlern des Arztes. Ebermayer [24]) definiert im Anschluß an Rümelin [25]) den Kunstfehler: als „ein Handeln gegen die anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaft, das Versagen der ärztlichen Sachverständigentätigkeit, mag dieses Versagen seinen Grund haben in einem mangelhaften Wissen, mangelhaften Können oder in einer ungenügenden Anspannung der Geistestätigkeit, einer Unauf-

[23]) worauf Flügge S. 68 richtig hinweist.
[24]) Ebermayer S. 89.
[25]) S. 14/15.

merksamkeit." Der Arzt hat die ihm gemäß § 611 BGB obliegende Dienstleistung, die ärztliche Behandlung, so auszuführen, wie es der Umsicht und Sorgfalt eines ordentlichen Arztes entspricht. Das § 276 BGB sagt, daß der Schuldner, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Da die §§ 611 ff. BGB keine besonderen Bestimmungen enthalten, muß man bei der Behandlung der Schadenersatzfrage auf Grund eines Dienstvertrages auf § 276 BGB. zurückgreifen.

Eine vorsätzliche falsche Behandlung eines Patienten wird sich äußerst selten finden.[26]) Der Fall der vorsätzlichen Pflichtverletzung mag hier daher auch nur kurz erörtert werden. Im Gesetz ist keine Begriffsbestimmung des Vorsatzes enthalten. Die Vorstellungstheorie sieht den Vorsatz an als bloßes Kennen der zu vertretenden Umstände. Staudiger[27]) weist richtig darauf hin, daß ein praktischer Unterschied zwischen dieser Vorstellungstheorie und der gegenteiligen Willenstheorie kaum besteht. Denn wenn sich einer den schädlichen Erfolg seiner Handlungsweise vorstellt und trotzdem handelt, so nimmt er diesen Erfolg auch in seinen Willen auf, da er sonst nicht handeln würde. Kennt der Handelnde sämtliche zu vertretenden Umstände, so ist sein Handeln auch vorsätzlich.[28]) Vorsatz ist demnach das Wollen der Handlung trotz Kenntnis der zu vertretenden Umstände.

Die häufigsten Haftungsfälle werden sich jedoch für den Arzt aus fahrlässiger Handlungsweise ergeben. Ist der Begriff der Fahrlässigkeit auch im Gesetz festgelegt, so ergeben sich in der Praxis doch große Schwierigkeiten bei der Entscheidung der Frage, ob das Verhalten eines Menschen fahrlässig ist oder nicht. Der Satz 2 des § 276 BGB sagt: fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Grundsätzlich hat man nicht nur für grobe Fahrlässigkeit, für besonders schwere, jedem auf den ersten Blick einleuchtende Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt einzustehen, sondern allgemein für die zur Sicherheit des Verkehrs

[26]) Sie könnte den Zweck haben, dem Kranken Vorteile zu verschaffen, z. B. Krankengeld, Rente, Lohn ohne Arbeit, Befreiung von Verpflichtungen. Ebermayer erwähnt den Fall, daß ein Arzt vorsätzlich falsch behandelt, um die Krankheit zu verlängern und ein höheres Honorar für sich herauszuschlagen, oder der Arzt es direkt auf Körperverletzung oder Tötung abgesehen hat. Ebermayer S. 90; Zitelmann S. 4.)

[27]) Staudinger Vorbem. zu §§ 275 ff. B I, 2, a. S. 266.

[28]) Vgl. dazu im einzelnen Oertmann § 276, 1, a Planck § 276, 2, a; Ennecc. I, § 196, S. 502; RGR-Komm. § 276, 4, b; Merkel in JW 1925 S. 893.

erforderliche Sorgfalt. Bei dieser Fahrlässigkeit kann es sich um bewußte oder unbewußte Fahrlässigkeit handeln. Bewußt fahrlässig handelt, wer zwar den rechtswidrigen Erfolg als möglich voraussieht, aber hofft, daß dieser vorausgesehene Erfolg nicht eintrete[29]) und im leichtsinnigen Vertrauen hierauf handelt. Nicht lediglich das Bewußtsein der Möglichkeit der Folgen, sondern der nach Sachlage des einzelnen Falles zu würdigende, mit diesem Bewußtsein verbundene Leichtsinn des Wagnisses bietet den Maßstab des Verschuldens.[30]) Ein mit der erforderlichen Sorgfalt vorgehender Mensch müßte hier die Handlung unterlassen.

Unbewußte Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn der Handelnde den schädigenden Erfolg in keiner Weise gewollt und womöglich nicht einmal daran gedacht hat, daß der Eintritt eines solchen Erfolges überhaupt möglich war. Die Fahrlässigkeit liegt hier darin, daß der Handelnde nicht die erforderliche Sorgfalt anwendet, um die Möglichkeit des schädigenden Erfolges zu erkennen und sein Handeln so einzurichten, daß dieser Erfolg vermieden wird.[31])

Es fragt sich nun, wie das Maß der vom Arzt zu beobachtenden, im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gefunden wird. Man wird ausgehen müssen von einem objektiven Maßstab, von dem Durchschnittsmaßstab eines ordentlichen Arztes, von der Frage, was ein ordentlicher, tüchtiger Arzt im einzelnen Falle getan hätte oder hätte tun müssen.[32]) Auf mangelhafte Ausbildung, fehlende Uebung, zu große Jugend, zu hohes Alter kann sich der Arzt nicht berufen. Kennt der Arzt seine mangelnden Fähigkeiten und Kräfte, so handelt er fahrlässig, wenn er trotzdem die Operation ausführt, die Behandlung vornimmt; versäumt er es, sich über die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit Klarheit zu verschaffen, so liegt schon darin eine Fahrlässigkeit. Dernburg[33]) führt aus, „der Arzt müsse die Sorgfalt des ordentlichen Arztes prästieren ohne Unterschied des Geschlechts, Alters oder der Intelligenz; denn das sei die im Verkehr erfor-

[29]) In dieser Hoffnung auf den Nichteintritt des Erfolges liegt der Unterschied vom bedingten Vorsatz, bei dem der Täter handelt auf die Gefahr hin, daß der als möglich vorgestellte schädliche Erfolg eintreten könnte.

[30]) So Staudinger Vorbem. zu § 276 B, I, 2, b, S. 269.

[31]) „Wer eine Aufgabe zu lösen hat, soll sich darum kümmern, d. h. sich Kummer machen, sich in Gedanken damit zu schaffen machen, soll Sorge empfinden, sorgen." SoJhering, der Zweck im Recht, II, 67.

[32]) Vgl. Ebermayer S. 91; Rabel S. 12; Rümelin S. 12.

[33]) II, 1, § 63 S. 136.

derliche Sorgfalt, daß man in seinen Berufsgeschäften sich so benähme wie der ordentliche Berufsgenosse." Der objektive Maßstab für die Beurteilung der Fahrlässigkeit wird auch von Rabel [34]) vertreten. Er warnt davor, den Grad der Sorgfalt nach den konkreten Personen des Schuldverhältnisses abzuwandeln. Man muß Rabel beistimmen, wenn er nur das konkrete Schuldverhältnis als solches, den Vertrag mit seiner wirtschaftlichen Klassifikation der Kontrahenten als maßgebend erklärt für die Frage, „wie weit oder wie eng der Mustertypus zu ziehen sei." Ausschlaggebend ist, daß der Verkehr feste Abgrenzungen der Fähigkeiten für die Behandlung durch den einen oder anderen nicht kennt. Wollte man mangels solcher Abgrenzungen auf schwankende soziale Wertungen oder etwa darauf Gewicht legen, was der Besteller in Anbetracht der Höhe des Honorars oder aus anderen Umständen erwartet, so würde man keinen objektiven Maßstab mehr haben, man würde dann, wie Rabel zutreffend bemerkt, [35]) „auch den Maßstab des ordentlichen, 60-jährigen, schwerhörigen, schlecht bezahlten Arztes anwenden müssen, und unvermeidlich abermals bei der Berücksichtigung des Individuums und seiner Eigenheiten landen."

Die Anwendung des objektiven Maßstabes schließt aber nicht aus, daß die Verhältnisse, unter denen jeweils ein Arzt arbeitet, die Umstände der Situation, entscheidend berücksichtigt werden müssen. [36]) Die Frage ist dann dahin zu stellen, was ein ordentlicher Durchschnittsarzt in dieser oder jener Situation hätte tun müssen oder hätte nicht tun dürfen. Die Rechtsprechung zu der Frage, worin im einzelnen ein Verschulden des Arztes liegt, kann in vielen Fällen den Weg weisen. Denn wo das Gesetz selbst die Entscheidung auf die Umstände abstellt, muß letzten Endes das auf genaue Würdigung der Umstände des einzelnen Falles begründete billige Ermessen des Richters den Ausschlag geben. [37]) Die reichhaltige Kasuistik gibt wichtige Anhaltspunkte zur Beantwortung der Frage, wann der Arzt fahrlässig handelt.

Zunächst ist eine Zwangslage des Arztes in vielen Fällen geeignet, die Frage, ob ein Verschulden vorliegt, zu verneinen. Es können besonders bei einer Operation unvorhergesehene Umstände eintreten, die ein rasches Handeln erfordern und

[34]) S. 81 ff.
[35]) Rabel S. 83.
[36]) Uebereinstimmend Ebermayer S. 91; Rabel S. 11 und 84; Rümelin S. 12.
[37]) Staudinger § 276 II, 2, a, S. 288.

den Arzt hindern, seine Aufmerksamkeit auf alle Einzelheiten mit derselben Schärfe zu lenken wie unter normalen Verhältnissen. In einem von dem dritten Zivilsenat des Reichsgerichts am 17. 10. 1919 entschiedenen Fall [38]) war bei einer vom Beklagten an der Klägerin vorgenommenen Ovariotomie eine Gazeserviette in der Bauchhöhle zurückgeblieben und hatte Nachoperationen und Gesundheitsschädigungen verursacht. Die Entscheidung geht davon aus, daß es besonderer Fachkunde und Facherfahrung bedürfe, um beurteilen zu können, wie weit die Sorgfalt eines gewissenhaften Chirurgen und Operateurs bei einer derartig komplizierten Operation zu gehen habe und gehen könne. Hier hatte der sonst immer gewissenhafte und sorgfältige Arzt die von ihm verwendeten Servietten mit einem Zipfel heraushängen lassen oder mit einem Instrument festgeklemmt, um deren Uebersehen beim Schluß der Operation tunlichst unmöglich zu machen. Eine vorherige Abzählung der Servietten, wie sie die Klägerin für erforderlich hielt, bietet nach dem in der Entscheidung erwähnten Gutachten keine größere Sicherheit als die vom Beklagten angewandte Methode, da bei plötzlich eintretenden Umständen eine Abzählung der Servietten möglicherweise auch nicht mehr hätte erfolgen können. Ausschlaggebend war in diesem Falle, daß während der Operation eine dreifache, nicht voraussehbare und nicht vorausgesehene Komplikation eintrat. Die Entscheidung sagt wörtlich: „Wenn bei diesen so plötzlich auftauchenden und so schnell zu erledigenden Operationsaufgaben die Serviette vollständig, auch mit dem zum Heraushängen bestimmten Zipfel in die Bauchhöhle geriet und dadurch übersehen wurde, so war das einer der unvermeidlichen, auch durch die größte Sorgfalt nicht auszuschließenden Zufälle." Ebermayer [39]) erwähnt zwei Urteile, eins vom Landgericht in Königsberg aus dem Jahre 1913 und eine Entscheidung des 3. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 6. 1. 1928. [40]) Das Landgericht Königsberg sagt in der Entscheidung, daß Tupfer bei einer Operation zurückblieben, sei nicht selten, zumal wenn, wie in dem zur Entscheidung stehenden Falle, drohende Lebensgefahr die schleunige Schließung der Bauchwunde erforderlich mache. Falls unter solchen Umständen ein Tupfer, der nach Durchtränkung mit Blut oft schwer vom Gewebe zu unterscheiden sei, in der Wunde zurückbleibe, so sei das ein kaum zu verhindernder

[38]) RGZ 97, S. 4.
[39]) S. 92.
[40]) in der amtl. Sammlung nicht enthalten.

Unfall, aber nicht als ein Verschulden des Arztes anzusehen. In dem zweiten Falle war bei der Resektion einer Rippe ein Stück der Operationsschere abgebrochen und im Körper des Kranken zurückgeblieben. Der Arzt hatte das Abspringen sofort bemerkt und nach dem Scherenstück gesucht; er konnte es aber nicht finden und mußte wegen Lebensgefahr die Wunde schließen. Nach längerer Zeit wurde die Lage des Fremdkörpers in der Operationswunde festgestellt und der Fremdkörper operativ entfernt. Eine gegen den Arzt erhobene Schadenersatzklage wurde in drei Instanzen mangels jedes Verschuldens abgewiesen.

Derselbe Standpunkt wird auch in der Entscheidung [41]) eines Falles vertreten, wo ein Schulknabe sich die Hand an einem Schieferstift verletzt hatte, und drei Finger trotz ärztlicher Behandlung steif geblieben waren; es heißt in den Entscheidungsgründen, nach allgemeiner Erfahrung könne von einem Arzt nicht erwartet werden, daß seine Anordnungen, die wie hier zum Teil auf operativem und chirurgischem Gebiete lägen, unbedingt sachgemäß ausfielen und denkbarste Gewähr für schnelle und volle Heilung gäben; vielmehr kämen selbst in der sorgfältigsten ärztlichen Praxis Fehler und Unrichtigkeiten vor. Es ist eben darauf Bedacht zu nehmen, daß „auch der geschickteste Arzt nicht mit der Sicherheit einer Maschine arbeitet und daß trotz aller Sorgfalt und Geschicklichkeit des Operateurs ein Griff, ein Stich, ein Schnitt mißlingen kann, der regelmäßig auch dem betreffenden Arzt selbst gelingt." [42])

Aus alledem ist zu ersehen, daß bei Zugrundelegung des objektiven Maßstabes eines ordentlichen, tüchtigen Berufskollegen immerhin die konkreten Umstände des einzelnen Falles für die Frage nach dem schuldhaften Verhalten des Arztes eine bedeutende Rolle spielen. Es ist doch auch ein wesentlicher Unterschied, [43]) ob ein Operateur einer wohleingerichteten Klinik, unterstützt von geschulten Assistenten und Schwestern eine Operation vornimmt, oder ob ein Landarzt sich gezwungen sieht, unter ungünstigen örtlichen Verhältnissen, vielleicht ohne jede Assistenz, zu einer Operation zu schreiten.

[41]) Seuff. Arch. 67. Nr. 57 S. 100.

[42]) So RGZ 78, 345.

[43]) Wenn Ebermayer S. 91 in diesem von ihm gebildeten Beispiele den „gewiegten" Operateur einem „jungen" Landarzt gegenüberstellt, so dürfte er doch insoweit wohl den objektiven Boden verlassen, da die persönlichen Eigenschaften des einzelnen Arztes, Jugend, Alter usw. für die Verschuldensfrage außer Betracht bleiben müssen; so auch Ebermayer selbst S. 92.

Man kann es auch nicht als ein Verlassen des objektiven Standpunkts deuten, wenn man dem Verhalten des Arztes gewisse Berücksichtigung schenkt, das nicht hervorgerufen wurde durch seine Eigenschaften, als vielmehr durch eine von irgendwelchen Tatsachen bewirkte Beeinträchtigung seiner Leistungsfähigkeit.[44]) Ebermayer[45]) will in einem Falle, wo der Arzt am Abend todmüde von einer anstrengenden Praxis nach Hause kommt, gleich darauf erneut zu einem Kranken gerufen wird und dabei in seinem ermüdeten Zustand etwas übersieht, die Frage, ob der Arzt sich auf seine Uebermüdung berufen könne, „nicht schlechthin verneinen." M. E. wird man das dem Arzt dann immer zugestehen können, falls die Not des Kranken den Arzt zu der Behandlung veranlaßt hat, obgleich dieser seinen außergewöhnlichen Zustand kannte. Wenn er sich aber ohne Not schwierigen Aufgaben unterzieht, und dazu muß man auch rechnen, daß er im übermüdeten Zustande eine nicht besonders wichtige, aber komplizierte Behandlung vornimmt, so wird man darin eine Fahrlässigkeit erblicken, daß er trotz seines Zustandes eingreift.[46])

Abschließend mag noch auf einen auch von Rümelin[47]) erwähnten Gesichtspunkt hingewiesen werden. Bei Beantwortung der Frage nach einem Verschulden des Arztes muß man den altruistischen Charakter der ärztlichen Tätigkeit in Betracht ziehen. Die Wertung der Tätigkeit nach ihrem sozialen Ckarakter ist für die Frage, welche Abstufung des Sorgfaltsgrades man für erforderlich erachtet, nicht ohne Bedeutung. Dem Erfordernis, bei der Frage nach einem Verschulden einen objektiven Maßstab, den des ordentlichen, tüchtigen Berufskollegen zugrundezulegen, kann man dabei durchaus gerecht werden, indem man einen nicht allzu strengen Maßstab anlegt, und „den Durchschnittstypus, nach dem gemessen wird, nicht zu hoch greift."[48])

Zur Begründung der zivilrechtlichen Haftung des Arztes ist weiter erforderlich, daß der Arzt durch sein schuldhaftes — vorsätzliches oder fahrlässiges — Handeln einen Schaden verursacht hat. Es muß sich bei der vertraglichen Haftung um einen Vermögensschaden handeln, um Vermögensminderung oder entgangenen Gewinn. Dieser Vermögensschaden muß in ursäch-

[44]) Vgl. dazu Rabel S. 11; Ebermayer S. 93.
[45]) Ebermayer S. 93.
[46]) Rabel S. 12; Ebermayer S. 93.
[47]) S. 13.
[48]) Rümelin S. 13.

lichem Zusammenhang stehen mit dem schuldhaften Verhalten des Arztes.

Wann das der Fall ist, führt zu einer der umstrittensten Fragen des Zivilrechts, deren Beantwortung in den jetzt vertretenen verschiedenen Kausalitätstheorien ihren Niederschlag gefunden hat. Sie mögen hier in Kürze erwähnt werden. Dem philosophischen Begriff der Ursache als der Gesamtheit aller zwischen den Dingen bestehenden Beziehungen, von welchen der Inhalt der neu eintretenden Wirkung als denknotwendige Folge abzuleiten ist, steht am nächsten die Bedingungstheorie. Sie erklärt alle Bedingungen für gleichwertig; jede einzelne Bedingung ist nach ihr condicio sine qua non für den Eintritt des Erfolges. Nach dieser Theorie hat derjenige den Erfolg verursacht, wer irgend eine Bedingung des Erfolges gesetzt hat. Sie beherrscht die Strafrechtspraxis und kann dort trotz der möglichen Schärfe ihrer Auswirkungen ohne Bedenken angewandt werden, weil eine strafrechtliche Verantwortung nur bei Verschulden begründet werden kann. Es kann also nicht jeder, der eine Bedingung für den eingetretenen strafbaren Erfolg setzt, strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, sondern nur der schuldhaft Handelnde. Im Zivilrecht gibt es dagegen neben der Verschuldenshaftung in gewissen Fällen die Gefährdungshaftung, bei welcher die Bedingungstheorie ein Ausmaß an Verantwortlichkeit herbeiführen könnte, das nach den Anschauungen des praktischen Lebens offenbar ungerechtfertigt erscheinen könnte.

Die Birkmeyer'sche Theorie der wirksamsten Bedingung und die Binding'sche Gleichgewichtstheorie bezwecken, den verschiedenen Bedingungen einen verschiedenen Grad von Wichtigkeit für den Eintritt des Erfolges beizulegen. Nach Birkmeyer ist die wirksamste, mehr als die übrigen zur Herbeiführung des Erfolges beitragende Bedingung Ursache des Erfolges, während Binding als Ursache diejenige Bedingung ansehen will, die das Uebergewicht der positiven über die negativen Bedingungen des Erfolges herbeiführt. In ähnlicher Weise will Ortmann [49]) die letzte, die Kraftmasse zum Uebergewicht bringende Bedingung oder auch die letzte menschliche Handlung als Ursache bezeichnen.

Diesen Theorien haftet der Mangel an, daß sie die Frage offen lassen, welches die wirksamste, welches die das Uebergewicht der positiven über die negativen Bedingungen herbei-

[49]) in Goltd. Arch. 23 S. 268.

führende, welches die letzte, das Uebergewicht bringende Bedingung sei.

Von den vielen Bedingungen des Erfolges sind für die praktische juristische Anwendung nur diejenigen als Ursache anzusehen, die nach der Anschauung des praktischen Lebens den Erfolg verursachen. Danach sind als Ursache eines Erfolges diejenigen Bedingungen zu betrachten, von denen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Herbeiführung des Erfolges mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Diese Bedingungen stellen die Ursache im Rechtssinne dar; diese Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs ist im Schrifttum und in der Rechtsprechung des Zivilrechts herrschend. [50])

2. Die Haftung aus Geschäftsführung ohne Auftrag.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, unter welchen Voraussetzungen der Arzt für Pflichtverletzungen haftet bei vertraglichen Beziehungen zwischen ihm und dem Patienten. Es sind aber im Leben auch die Fälle nicht selten, wo der Arzt zur Rettung eines Menschenlebens oder zur Linderung von Schmerzen eingreift, ohne daß ein Vertragsverhältnis vorliegt. Das wird besonders häufig sein bei Unglücksfällen, durch die der Kranke in eine Lage versetzt wird, die es ihm unmöglich macht, einen rechtlich relevanten Willen überhaupt noch zu haben oder zu äußern. Der hinzukommende Arzt behandelt den Kranken natürlicherweise trotzdem. Die Rechtsbeziehungen, die auf diese Weise zwischen dem Arzt und dem Kranken entstehen, fallen unter den Begriff der Geschäftsführung ohne Auftrag. Nach § 677 BGB. hat derjenige, der ein Geschäft für einen anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert.

[50]) Vgl. zu vorstehendem Enneccerus I. 2 § 235 III, Note 14 S. 46; ferner Staudinger Vorbem. zu §§ 249/255 IV. 1 und 2 S. 123 und die dort S. 126 angeführte Judikatur; RGR-Komm. Vorbem. 3 zu § 249; Oertmann Vorbem. 4, b zu § 249. a. Ans. neuerdings wieder, gestützt auf eine Entscheidung des RGStr. 5, S. 29 ff. (31) Ebermayer S. 93/94, der sich für die condicio sine qua non einsetzt, allerdings mit einer starken Einschränkung, sodaß sie der adäquanten Verursachung in der Wirkung fast gleichsteht. Ueber die verschiedenen Fassungen der Theorie der adäquaten Verursachung verbreiten sich in ausführlicher Darstellung Traeger S. 130/166 und Fromherz in Arch. ziv. Pr. 110, S. 23 ff. Auf sie im einzelnen einzugehen, würde hier zu weit führen. Es mag nur nochmals festgestellt werden, daß die Theorie in der oben erwähnten Fassung vorherrschend ist. Die abweichenden verschiedenen Fassungen tragen übrigens wenig zur Klärung der Frage bei.

Voraussetzung für die Anwendung der §§ 677 ff. BGB. ist also zunächst einmal die Besorgung eines Geschäfts. Staudinger [51]) ist der Ansicht, daß einem Arzte, der einem plötzlich Erkrankten unaufgefordert Hilfe leistet, weder Ansprüche noch Pflichten aus dem Gesichtsspunkte der Geschäftsführung ohne Auftrag erwachsen. Ueber den Begriff der Geschäftsbesorgung will er den Sprachgebrauch des täglichen Lebens entscheiden lassen, nach dem es unzweifelhaft sei, daß Verrichtungen an der Person eines anderen nicht als Besorgung eines Geschäfts desselben erachtet werden könnten. Dieselbe Ansicht vertritt Planck [52]) Er will den Begriff des Geschäfts im weitesten Sinne verstanden wissen, der alles vom Menschen zu Schaffende, sowohl Rechtsgeschäfte als auch rein tatsächliche Zustände umfasse. Diese Zustände müßten aber vom Dasein des Menschen losgelöst, nicht etwa Zustandsform des Menschen selbst sein, wie etwa Leben, Gesundheit, Krankheit, die nicht als Geschäfte anzusehen seien, sodaß infolgedessen die für ihre Erhaltung oder Beseitigung aufgewendete Tätigkeit am Menschen keine Geschäftsbesorgung für ihn sei. Der RGR.-Kommentar [53]) will hier die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechend anwenden. Auch Oertmann [54]) entscheidet sich für die entsprechende Abwendung der Bestimmungen der §§ 677 ff. BGB., indem er unterscheidet zwischen einer Geschäftsbesorgung im engeren und im weiteren Sinne. Enneccerus [55]) dehnt den Begriff des Geschäfts aus auf alle Angelegenheiten rechtlicher oder tatsächlicher Natur. Man muß zugeben, daß der unmittelbaren Anwendung der §§ 677 ff. BGB. logische Bedenken entgegenstehen. Doch kann man m. E. nicht soweit gehen und der Ansicht folgen, die überhaupt jede Anwendungsmöglichkeit dieser Bestimmungen auf die Entfaltung der ärztlichen Tätigkeit verneint. Wenn Staudinger dabei der bei Oertmann und im RGR.-Kommentar vertretenen Meinung vorwirft, es mangele für eine entsprechende Anwendung an einer gesetzlichen Grundlage, so dürfte das doch zu weit führen. Die gesetzliche Grundlage für die entsprechende Anwendung kann m. E. sehr wohl noch in § 677 BGB. gefunden werden, da der Begriff des Geschäfts auch im Sprachgebrauch des täglichen Lebens nicht so eng zu fassen ist, wie Staudiger das tut.

[51]) § 677, 2, a, S. 1128.

[52]) II, 2 § 677, 2, a, S. 1213 f.

[53]) Vorbem. zu § 677, S. 335.

[54]) Vorbem. 2 zu § 677 S. 808.

[55]) § 385, II, 1 S. 500 und § 380, 3, N. 5.

Sodann spricht auch gegen Staudingers Ansicht, daß die von ihm selbst zugegebene [56]), in der Auswirkung seiner Meinung liegende Unbilligkeit nicht immer durch die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung oder die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung ausgeglichen werden kann. Um auch für die Fälle des unaufgeforderten Eingreifens des Arztes zu einem billigen Ergebnis zu kommen, wird man einer entsprechenden Anwendung der Bestimmungen der §§ 677 ff. BGB. auf solche Fälle zustimmen müssen.

Der Arzt muß das Geschäft „für einen anderen" besorgt haben. Die Tätigkeit muß Gegenstand der Sorge eines anderen sein, und diese Sorge muß ihm von dem Handelnden durch sein Eintreten abgenommen sein. [57]) Diese Voraussetzung wird beim Eingreifen des Arztes wohl immer vorliegen, der Wille und das Bewußtsein, das Geschäft als fremdes zu führen, dürften wohl stets äußerlich erkennbar werden. Es wird demnach angängig sein, ein Eingreifen des Arztes, ohne daß er beauftragt oder sonstwie dazu berechtigt ist, als Geschäftsführung ohne Auftrag anzusehen.

Die Frage nach der Haftung des Geschäftsführers, die hier zu behandeln ist, beantwortet sich dahin, daß grundsätzlich die allgemeine Bestimmung des § 276 BGB. in Betracht kommt. Demnach würde der Arzt ebenso wie beim Vertrage für Vorsatz und Fahrlässigkeit haften. Dieser Grundsatz hat jedoch in den Vorschriften der §§ 677 ff. BGB. eine Beschränkung und eine Erweiterung erfahren. Wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden, dringenden Gefahr bezweckt, so hat der Geschäftsführer nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 680 BGB.). Ist der Geschäftsherr geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so tritt nur eine Haftung ein nach den Grundsätzen der §§ 812 ff. und 823 ff. BGB. (§ 682 BGB). Steht jedoch die Uebernahme der Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch, und mußte der Geschäftsführer dies erkennen, so ist dieser zum Schadenersatz auch dann verpflichtet, wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt (§ 678 BGB.). Dieser letztere Fall wird im Leben wohl kaum vorkommen. Es werden vielmehr diejenigen Fälle häufig sein, wo der Arzt einen bewußtlos aufgefundenen oder überfahrenen Menschen behandelt, und somit seine Geschäfts-

[56]) Staudinger S. 1128.

[57]) So RGZ 97, S. 66.

führung die Abwendung einer drohenden, dringenden Gefahr bezweckt. Dann haftet der Arzt also nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit; er hat außer für Vorsatz nur für eine besonders schwere, auf den ersten Blick einleuchtende Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt einzustehen. Und das mit Recht. Man kann nicht verlangen, daß jemand in Augenblicken der Gefahr, die ein schnelles Handeln verlangen, mit derselben Ruhe und Ueberlegung zu Werke geht wie unter normalen Verhältnissen. Man würde die Betätigung jeder Hilfsbereitschaft dritter Personen bei Unglücksfällen verhindern, wollte man auch da verlangen, daß sie jede im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachten, falls sie sich nicht der Gefahr aussetzen wollen, mit einer zivilrechtlichen Schadenersatzklage belangt zu werden von demjenigen, dem sie im Augenblick der Not helfend beigesprungen sind. Eine Schadenersatzklage aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag wird demnach nur in seltenen Fällen zum Ziele führen.

3. Die Haftung aus unerlaubter Handlung.

Eine Haftung des Arztes kann sich endlich auch noch herleiten aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB.). Nach § 823 Abs. I BGB. ist zum Schadenersatz verpflichtet, wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt.

Es soll hier zunächst die Haftung des Arztes aus unerlaubter Handlung untersucht werden in den Fällen, wo der Arzt schuldhaft entgegen den Regeln der medizinischen Kunst unsachgemäß handelt. Die Verletzung der im § 823 BGB. geschützten Rechtsgüter des Lebens und der Gesundheit liegt hier darin, daß der Arzt eine Behandlung oder einen Eingriff vornimmt, die sich nicht mehr als Maßnahmen zu Heilzwecken darstellen, da sie nach dem Stande der ärztlichen Wissenschaft keine Besserung des Leidens, sondern eine Störung des Befindens eines Menschen herbeiführen. Der Arzt handelt in einem solchen Falle auch widerrechtlich, da ihm keine Befugnis zusteht, andere Menschen am Leben und an der Gesundheit zu schädigen. Wenn ferner der Arzt auch vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, wird der Verletzte Ersatz des Schadens verlangen können, der ihm aus einer solchen schuldhaften und rechtswidrigen Behandlung des Arztes entstanden ist (§ 823 Abs. I BGB.).

Der Arzt haftet bei unsachgemäßer, den Regeln der ärzt-

lichen Kunst zuwiderlaufender Behandlung auch gemäß § 823 Abs. II BGB., wonach die im Abs. I des § 823 BGB. bestimmte Verpflichtung auch denjenigen trifft, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt.[58]) Als solche Schutzgesetze kämen hier die §§ 211, 223 ff., 230 StGB. in Frage, die den Mord, die Tötung und die Körperverletzung unter Strafe stellen. Da eine unsachgemäße Behandlung des Kranken seitens des Arztes, wenn nicht dessen Tod, so doch stets eine Verletzung seiner körperlichen Integrität bedeutet, so wird man bei schuldhaftem Vorgehen des Arztes auch einen Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. II BGB. für begründet erachten müssen.

Ferner soll erörtert werden, ob der Arzt aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung auch dann haftet, wenn er lediglich zu Heilzwecken und völlig kunstgerecht in die körperliche Unversehrtheit des Kranken eingreift. Es mag hier vorweg erwähnt werden, daß die Rechtsprechung von jeher solche zu Heilzwecken erfolgenden Eingriffe als objektiv rechtswidrige Körperverletzungen angesehen hat, deren Rechtswidrigkeit nur durch die Einwilligung des Kranken oder seines gesetzlichen Vertreters beseitigt wird; nimmt der Arzt ohne oder gegen den Willen des Kranken oder seines gesetzlichen Vertreters einen solchen Eingriff vor, sei es auch lediglich in der Absicht, dem Kranken zu helfen, so macht er sich einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Körperverletzung schuldig, für die er sowohl zivil- als strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann.[59]) Es würde sich auch in diesen Fällen eine Schadenersatzpflicht des Arztes ergeben, einmal aus der Bestimmung des Abs. I des § 823 BGB. wegen Verletzung eines der dort aufgeführten Rechtsgüter, und sodann auch aus § 823 Abs. II wegen Verstoßes gegen ein Schutzgesetz. Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt eingenommen, daß der Arzt sich der Körperverletzung schuldig mache, wenn er innerhalb wirkende Medikamente oder äußere operative Eingriffe anwende, ohne sein Recht hierfür aus einem bestehenden Vertragsverhältnisse oder der präsumtiven Zustimmung, dem vermuteten Auftrag hierfür legitimierter Personen, herleiten zu

[58]) Ueber den bestrittenen Begriff des Schutzgesetzes, vgl. Detmold, S. 319 ff. Staudinger § 823 III, A, 2, S. 1794 ff. Es braucht hier wohl nicht darauf eingegangen zu werden, da die Bestimmungen der §§ 211, 223 ff. und § 230 STGB, die hier als Schutzgesetze in Frage kommen, unzweifelhaft als solche anzusehen sind. Vgl. dazu noch JW 1917, S. 114.

[59]) so Ebermayer S. 148/49.

können.[60]) Es ist verständlich, daß dieser Standpunkt des Reichsgerichts zu heftigen Angriffen Anlaß gegeben hat. Jedoch hat das Reichsgericht keinen der vielen Versuche, durch juristische Konstruktionen die Widerrechtlichkeit eines solchen ärztlichen Eingriffs zu beseitigen, als rechtlich durchschlagend anerkannt.[61]) Allerdings ist in der Rechtsprechung selbst eine gewisse Milderung des schroffen Standpunktes zu finden. Die Entscheidung vom 31. V. 1894[62]) sagt, daß „sich unbedenklich für die viel erörterten Ausnahmefälle, in denen wegen Bewußtlosigkeit, Geisteskrankheit, Unzurechnungsfähigkeit des Patienten oder bei Gefahr im Verzuge wegen Abwesenheit der Vertreter des Kranken eine ausdrückliche Willensentschließung der hierfür zuständigen Personen sich nicht erzielen läßt, oder die Willensäußerungen des Kranken oder seiner Angehörigen unklar, unsicher, und schwankend lauten, wertvolle praktische Folgerungen zugunsten des guten Glaubens und der berechtigten Voraussetzungen des behandelnden Arztes im Sinne eines ihm zur Seite stehenden Konsenses der Beteiligten ergeben." Ein von Ebermayer[63]) mitgeteiltes Urteil des 3. Strafsenats des Reichsgerichts vom 30. VI. 1911 läßt es dahingestellt, ob bei besonderer Sachlage, insbesondere in Fällen, in denen eine schleunige Vornahme der Operation zur Vermeidung unwiderbringlicher Nachteile für die Gesundheit des zu Operierenden geboten ist, und die Versagung der Einwilligung hierzu sich als ein Mißbrauch der Befugnisse darstellen würde, die Operation trotz fehlender Einwilligung, ja sogar gegen den ausführlichen Willen des Vertreters objektiv gerechtfertigt sein könnte, während in einer Entscheidung des 6. Zivilsenats des Reichsgerichts[64]) sogar gesagt wird, bei Gefahr im Verzuge könne über das Erfordernis der Einwilligung hinweggesehen werden. Unter diesen Voraussetzungen verliert die Rechtsprechung des Reichsgerichts einen großen Teil ihrer Härte. Es ist dem Reichsgericht grundsätzlich darin zuzustimmen, daß niemand

[60]) RG St. 25. S. 375 und 381 f.; Rabel S. 28.

[61]) In der Literatur sind vertreten die Notstandstheorie, Berufsrechtstheorie, Zwecktheorie und Gewohnheitsrechtstheorie, die aber alle vom Reichsgericht abgelehnt sind. Ferner wird die Ansicht vertreten, die nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommene und ärztlich indiziert heilende oder das Fortschreiten der Krankheit hemmende Operation sei überhaupt keine Körper- oder Gesundheitsverletzung. Vgl. dazu noch allgemein Staudinger Vorbem. V, 1, c vor § 611 BGB. S. 702; Rabel S. 29 und die dort zitierte Literatur, Ebermayer S. 150 f.; Klamroth S. 8 ff. Schütze S. 13 ff.

[62]) RG Str. 25, S. 381.

[63]) Ebermayer S. 152, in der amtl. Sammlung nicht enthalten.

[64]) RG. Str. 68, 434.

schon deshalb befugt ist, nach eigenem Ermessen in die Rechtssphäre eines anderen einzugreifen, ihm Gewalt anzutun, seinen Körper zum Gegenstande wohlgemeinter Heilversuche zu machen, weil er nach eigener Ueberzeugung oder dem Urteil seiner Berufsgenossen die Fähigkeit besitzt, das wahre Interesse seines Nachbarn besser zu verstehen als dieser selbst, und dessen körperliches und geistiges Wohl durch geschickt angewendete Mittel besser fördern zu können, als er es vermag.[65]) Andererseits aber ist es befremdend, den Arzt zivilrechtlich und strafrechtlich verantwortlich zu machen, der mit bestem Willen eingreift, um seinen Mitmenschen zu helfen. Er könnte unter Umständen dafür mit Gefängnis bestraft werden, daß er dem Kranken das Leben rettete. Will aber der Arzt entsprechend der grundsätzlichen Einstellung des Reichsgerichts handeln, so kann z. B. der Fall eintreten, daß sich nach Eröffnung der Bauchhöhle zum Zwecke einer kleineren Operation die Notwendigkeit eines weitgehenderen Eingriffs ergibt, und der Arzt alsdann, um nicht mit dem Gesetze in Konflikt zu kommen, die Bauchhöhle wieder schließt, um die Einwilligung des Kranken zu dem weiteren Eingriff zu gewinnen, was nicht selten großen gesundheitlichen Schaden und womöglich den Tod des Kranken im Gefolge haben kann. Dem natürlichen Rechtsempfinden nach sollte man hier annehmen, daß entgegengesetzt der Arzt sich dadurch haftbar macht, daß er die möglicherweise dringend notwendige Operation verschiebt. Die oben erwähnten Milderungen des reichsgerichtlichen Standpunktes sind m. E. nicht geeignet, eine befriedigende Lösung dieses Problems zu geben, und man kann es nur mit Freuden begrüßen, daß der Entwurf für ein neues deutsches Strafgesetzbuch im § 281 eine Bestimmung aufgenommen hat, die in dieser Frage eine billige und wohl allgemein befriedigende Antwort gibt.[66])

[65]) RG. Str. 25, 375.

[66]) § 281 des Entwurfs lautet: „Wer jemand gegen dessen Willen zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Ebenso wird ein approbierter Arzt bestraft, der gegen den Willen einer Schwangeren eine ärztlich gebotene Unterbrechung der Schwangerschaft oder Tötung eines in der Geburt begriffenen Kindes (§ 254) vornimmt. Der Versuch ist strafbar.

Die Vorschriften der Abs. I, II, finden keine Anwendung, wenn der Behandelnde oder der Arzt nach den Umständen außerstande war, die Einwilligung des Behandelnden oder der Schwangeren rechtzeitig einzuholen, ohne ihr Leben oder ihre Gesundheit ernstlich zu gefährden. Die Tat wird nur auf Verlangen des Behandelten oder der Schwangeren verfolgt. In besonders leichten Fällen kann das Gericht von Strafe absehen.

Es ergibt sich somit, daß eine Haftung des Arztes für Kunstfehler sich herleiten kann aus Vertrag, (§§ 611 ff. BGB. in Verbindung mit § 276 BGB.), ferner aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) und endlich aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB.), und da wieder aus § 823 Abs. I und II BGB. Was zunächst das Verhältnis von § 823 Abs. I zu § 823 Abs. II BGB. anbelangt, so kann dieselbe Handlung einen Schadenersatzanspruch aus beiden Bestimmungen, sowohl aus Abs. I als auch aus Abs. II, begründen.[67]) Der Arzt haftet wegen Verletzung des Rechtsguts der körperlichen Integrität (Abs. I) und wegen Verstoßes gegen das Schutzgesetz der §§ 211, 223 ff., 230 StGB. (Abs. II).

Grundsätzlich ist aber auch die Möglichkeit eines Zusammentreffens der Haftung aus Vertrag und aus unerlaubter Handlung gegeben. Die allgemeine Rechtspflicht, niemanden körperlich zu verletzen, besteht immer und gegenüber jeder Person, gleichviel ob diese mittels Vertrags oder ohne Vertrag in den Handlungsbereich des Verletzenden gekommen ist. Diese allgemeine Rechtspflicht kann nicht dadurch beseitigt werden, daß die Möglichkeit der Einwirkung durch einen Vertrag gegeben wurde. Auch der Vertragsgegner bleibt immer der nach § 823 BGB. Geschützte. Das allgemeine Verbot der widerrechtlichen Körperverletzung wird dadurch noch individualisiert und verstärkt, daß der Vertrag dem anderen ein vereinbartes Recht gibt auf Fürsorge, also auf das Gegenteil jeder Körperverletzung.[68]) Der Verletzte kann somit seinen Anspruch nach seiner Wahl nicht nur auf § 823 Abs. I oder Abs II BGB. stützen, sondern es ist auch in sein Belieben gestellt, den Anspruch aus dem Vertragsverhältnis oder den Anspruch nach Maßgabe der §§ 823 ff. BGB. geltend zu machen. Ebenso hat der Beschädigte auch das Recht, anstatt die aus dem § 677 ff. BGB. über die Geschäftsführung ohne Auftrag sich ergebenden Ansprüche zu erheben, Schadenersatz gemäß §§ 823 ff. BGB. zu verlangen.[69]) Jedoch kann das Nebeneinanderstehen der Ansprüche nicht etwa dazu führen, daß der Schaden mehrmals

[67]) Allerdings schützt § 823 Abs. 1 BGB. nur gewisse Rechtsgüter und Rechte; andererseits setzt er nicht voraus, daß einem bestimmten Gesetz zuwidergehandelt ist.

[68]) Das ist die herrsch. Ansicht. Vgl. dazu: RGR-Komm. Vorbem. 4, a zu § 823; Staudinger Vorbem. zu 823, III, b; Oertmann Vorbem. 5 zu § 823; v. Blume in Recht 1905, S. 481 ff; Fuchs im Recht 1917 S. 151 ff. Crome in DJZ 1904, S. 14 ff.; RG Z 85, 185 ff.; 88, S. 433 ff.; JW 1911, S. 449; Warn. Rspr. 1916, S. 363 Nr. 226. a. A. v. Tuhr, Allgem. Teil, II, 2, S. 464.

[69]) Staudinger § 687, 3, d, S. 1149 und Vorbem. zu § 823 ff. III, a, S. 1749.

eingeklagt werden könnte. Ist der Schaden einmal aus einem Gesichtspunkte ersetzt, so ist der Schadenersatzanspruch endgültig verbraucht, ein Schaden nicht mehr vorhanden.

Im einzelnen gelten für den Umfang des Schadenersatzes die Vorschriften der §§ 249 ff., 842 ff. BGB. Es gilt gemäß § 249 BGB. der Grundsatz der Naturalrestitution, wonach derjenige Zustand herzustellen ist, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. § 249 Satz 2 BGB bestimmt, daß der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen kann, wenn u. a. wegen Verletzung einer Person Schadenersatz zu leisten ist, wie es bei der ärztlichen Haftung meistens der Fall sein wird. Dieser Anspruch aus § 249 Satz 2 BGB. ist nicht identisch mit dem Anspruch auf Geldentschädigung, von dem die §§ 250 Satz 2 251, 253 BGB. handeln. Er ist vielmehr auch ein Anspruch auf Herstellung, nur nicht in der Form der unmittelbaren Leistung des Schuldners, sondern in der Form einer durch Geldzahlung des Schuldners vermittelten Selbstbefriedigung des Gläubigers. [70]) Der Verletzte braucht sich also von dem zum Schadenersatz verpflichteten Arzt nicht zwecks Behebung des durch dessen Behandlung entstandenen gesundheitlichen Schadens behandeln zu lassen, er kann sich auch zu diesem Zwecke den dafür erforderlichen Geldbetrag von dem Arzte zahlen lassen. Das schließt nicht aus, daß er auch noch Geldentschädigung fordern kann, wenn und soweit die Herstellung den Schaden nicht ausgleicht. (§ 251 ff. BGB.)) Der zu ersetzende Schaden umfaßt nach § 252 BGB. auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. [71]) Die Entschädigung ist grundsätzlich durch eine Kapitalzahlung zu leisten. Die Zubilligung einer Rente ist nur unter besonderen Umständen statthaft. [72]) Wird jedoch der Anspruch auf unerlaubte Handlung gestützt, so gewährt § 843 BGB. ausdrücklich dem Verletzten eine Geldrente, wenn infolge der Verletzung des Kör-

[70]) RG in JW 1909, S. 454 ff. Nr. 7.

[71]) Ueber die sich an diese Vorschrift knüpfende, hier nicht näher interessierende Streitfrage, ob der Satz 2 lediglich eine Beweiserleichterung, oder aber eine materielle Beschränkung des Anspruchs auf Ersatz des entgangenen Gewinns enthält, vgl. RGR-Komm. § 252 Anm. 2 und Planck § 252 Anm. 2.

[72]) Staudinger § 249, 3, c; RG im Recht 1915 Nr. 1918; 1912, Nr. 3046; JW 1918 S. 86; Warn-Rspr. 1919 Nr. 172.

pers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert ist, oder wenn eine Vermehrung seiner Bedürfnisse eintritt.

Je nachdem die Klage gegen den Arzt aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung erhoben wird, ergibt sich noch ein weiterer Unterschied. Bei der Vertragshaftung ist nur der materielle Vermögensschaden zu ersetzen, dagegen kann der Verletzte aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung gemäß § 847 BGB. „im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen." Bildet die Verletzung der Vertragspflicht zugleich eine unerlaubte Handlung, so kann, wenn die Klage auf die unerlaubte Handlung gestützt wird, auch Schmerzensgeld nach § 847 BGB. verlangt werden.

Es mag hier noch auf die beiden Fälle der §§ 844, 845 BGB. hingewiesen werden, die eine Ausnahme von dem Grundsatz enthalten, daß Ersatz für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden nur der unmittelbar Verletzte verlangen kann. § 844 BGB., der in seinem ersten Absatz den Ersatzpflichtigen im Falle der Tötung zur Tragung der Beerdigunskosten verpflichtet, bestimmt weiter, daß auch den unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen eines Getöteten durch Entrichtung einer Geldrente insoweit Schadenersatz zu leisten ist, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung von Unterhalt verpflichtet gewesen wäre. Nach § 845 BGB. sind diejenigen zu entschädigen, denen der Getötete oder Verletzte gesetzlich zur Leistung von Diensten im Haushalt oder Gewerbe verpflichtet war, wie die Ehefrau (§ 1356 Abs. II BGB.) und die Kinder (§ 1617 BGB.).

II. Die Haftung des beamteten Arztes.

Eine besondere Erörterung bedarf die Haftung der beamteten Aerzte. Als solche sind u. a. die Amtsärzte, Gefängnisärzte und zum Teil auch die Aerzte der Universitätskliniken anzusehen.[73]) Gemäß § 839 Abs. I Satz 1 BGB. hat ein Beamter, der vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, diesem den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Frage, ob eine Amtspflicht verletzt ist, läßt sich jedesmal nur unter Berücksichtigung der besonderen Art der von dem Beamten zu erfüllenden Tätigkeit beantworten. Darunter fallen bei einem Amtsarzt die ordnungsmäßige Untersuchung von Kindern, bei einem Gefängnisarzt

[73]) Rabel S. 57; Rümelin S. 39; Staudinger § 839, 4, b und i, S. 1928 und 1929.

die Beobachtung eines Gefangenen, bei einem Arzt der Universitätskliniken die ordnungsmäßige Versorgung und Behandlung der dort untergebrachten Patienten. Diesen Aerzten ist die entsprechende Tätigkeit nicht so sehr im öffentlichem Interesse, als vielmehr gerade im Interesse des einzelnen auferlegt; es handelt sich hierbei um eine Amtspflicht, die dem beamteten Arzt nicht allein seiner vorgesetzten Behörde gegenüber obliegt. Die für den inneren Dienst bestimmten Vorschriften können niemals eine Amtspflicht Dritten gegenüber herbeiführen. Der beamtete Arzt hat die Untersuchung, die Behandlung, Beobachtung nach allgemeinem pflichtmäßigen Ermessen durchzuführen. Wenn er diese Pflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt, so ist er zum Schadenersatz verpflichtet.

Der Satz 2 des § 839 Abs. 1 BGB. sagt: Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Als anderer Ersatzpflichtiger im Sinne dieser Vorschrift ist auch der Staat anzusehen, von dem der Beamte angestellt ist.[74]) Dieser wird regelmäßig von dem Verletzten auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden können. Der Art. 131 RV. bestimmt: „Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten, der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden, die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob." Es ist jetzt anerkannt, daß diese Vorschrift keinen bloßen Programmsatz, sondern unmittelbar anwendbares Recht enthält.[75]) Die Landesgesetze über die Haftung aus Amtspflichtverletzung von Beamten behalten ihre Gültigkeit nur insoweit, als sie entweder mit den in Art. 131 Abs. 1 Satz 1 und 3 RV. aufgestellten Grundsätzen nicht in Widerspruch stehen oder sich inhaltlich als die nähere Regelung im Sinne des Art. 131 Abs. II RV. darstellen.[76]) Hat also der Arzt als Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt seine ihm dem Patienten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, so kann nicht er, sondern nur der Staat auf Schadenersatz belangt werden. Der Begriff der

[74]) Staudinger § 839, 7. b S. 1946; RG Z 74, 253; 86, 286; OLG Rspr. 20, 264.

[75]) RG Z 102, S. 168 und 393; 103, 430; 104, 291; 106, 34.

[76]) RG Z 102, 171; 106, 34 ff.; 107, 62.

Ausübung öffentlicher Gewalt beschränkt sich nicht auf die Ausübung obrigkeitlichen Zwanges, sondern umfaßt auch das Gebiet der öffentlichen Fürsorge. Oeffentliche Gewalt üben somit auch die Amtsärzte, Gefängnisärzte und die an den Universitätskliniken beschäftigten Aerzte aus. Die Universitätskliniken dienen vornehmlich zwei Zwecken, dem der Fürsorge und dem der ärztlichen Ausbildung. Ebermayer [77]) erwähnt einen Beschluß des Kammergerichts, der auch diesen Standpunkt einnimmt. Bei der in einer Universitätsklinik vorgenommenen Operation war eine Pinzette in der Wunde zurückgeblieben, der Patient starb. Der Antrag auf Bewilligung des Armenrechts wurde bewilligt, soweit die zu erhebende Klage sich gegen den Staat richten sollte; soweit sie den Universitätsprofessor betraf, wurde er wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung abgelehnt. Das Kammergericht führte aus, die Operation des Arztes sei in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt ausgeführt; denn die Ausübung öffentlicher Gewalt sei nicht nur in der Betätigung staatlicher Zwangsgewalt, sondern auch in der Ausübung staatlicher Fürsorge zu erblicken. Bei der Behandlung von Kranken in einer staatlichen Universitätsklinik handle es sich um eine Maßnahme der staatlichen Fürsorge zur Heilung von Krankheiten im einzelnen und im Interesse der allgemeinen Volksgesundung und Volkserhaltung. Auch die dabei stattfindende Ausbildung des medizinischen Nachwuchses sei ein wichtiges Glied der staatlichen Fürsorge. Der operierende Professor hafte nicht, weil er unmittelbarer Staatsbeamter sei, für den der Staat zu haften habe.

Der beamtete Arzt kann jedoch von dem Staate, dessen Haftung Dritten gegenüber an die Stelle der Haftung des Arztes tritt, auf Rückerstattung des vom Staate an den Dritten Geleisteten in Anspruch genommen werden, da der Rückgriff gegen den Beamten auch in Art. 131 RV. ausdrücklich vorgesehen ist.

Den Gegensatz zur Ausübung öffentlicher Gewalt bilden diejenigen Handlungen, welche ein Beamter als Vertreter einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zur Wahrnehmung von privaten Interessen derselben vornimmt. Wenn also eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ein Krankenhaus eröffnet zur Förderung der finanzwirtschaftlichen Interessen, so kann Art. 131 RV. keine Anwendung finden. Möglicherweise wäre in einem solchen Falle eine Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaft nach den §§ 31/89 BGB. begründet, wenn der beamtete

[77]) S. 111.

Arzt den Schaden durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung begangene, zum Schadenersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat. Diese Frage würde jedoch nicht hindern, mit der Klage auf Schadensersatz auch den Arzt selbst zu belangen, der hier neben der öffentlich-rechtlichen Körperschaft aus dem oben erörterten Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung haften würde.[78])

III. Die Haftung für Diebstähle im Wartezimmer.

Es ist noch kurz zu erörtern, ob der Arzt für Diebstähle der im Wartezimmer oder Vorraum abgelegten Kleidungsstücke haftet. Eine solche Haftung könnte sich ergeben aus einem zwischen dem Arzt und dem Patienten geschlossenen Verwahrungsvertrag, der durch konkludente Handlungen zustandegekommen sein könnte, nämlich dadurch, daß der Arzt Vorrichtungen zur Kleiderablage in dem Vorraum seiner Wohnung zur Verfügung stellt, und der Patient diesen Vertragsantrag durch Ablegen der Kleider annimmt. Man wird jedoch einen Willen des Arztes auf Abschluß eines ihn zur Aufbewahrung der Kleidungsstücke verpflichtenden Verwahrungsvertrages nicht ohne weiteres annehmen können. Wenn nicht besondere Umstände vorliegen, kann man auch nicht von einer aus dem auf ärztliche Behandlung gerichteten Dienstvertrag zu entnehmenden Nebenverpflichtung reden, nach der der Arzt zu einer besonderen Obhut und Bewachung der beim Betreten seiner Wohnung abgelegten Kleider verpflichtet wäre. Die ärztliche Dienstleistung umfaßt nicht etwa auch eine Pflicht zur Aufbewahrung, im Gegensatz zu der Bestimmung des § 701 BGB., wo bei der dort festgelegten Schadensersatzpflicht des Gastwirts für eingebrachte Sachen der Hauptzweck des Vertrages die Beherbergung des Fremden ist, und die Aufbewahrung der eingebrachten Sachen damit unmittelbar im Zusammenhang steht.

Auch aus § 823 BGB. kann eine Haftung des Arztes nicht hergeleitet werden. Es gilt zwar allgemein der Satz, daß derjenige, der einen Ort dem öffentlichen Verkehr übergibt, dadurch die allgemeine Rechtspflicht übernimmt, Gefahren von dem Verkehrenden abzuwenden. Diese Verpflichtung geht aber nur soweit, daß der Arzt den Vorraum verschlossen halten und dem Eindringen unbefugter Dritter wehren muß. Man kann jedoch nicht weitergehen und den Arzt dafür haftbar machen, daß sich unter seinen Patienten nicht auch solche befinden,

[78]) Vgl. Staudinger Bd. VI, Art. 77, III, 4, S. 191.

die vor einem Diebstahl nicht zurückschrecken.[79])

IV. Ausschluß und Beschränkung der Haftung.

Bei Berücksichtigung der verschiedenen Haftungsmöglichkeiten liegt die Frage nahe, ob es dem Arzte möglich ist, seine Haftung auszuschließen oder zu beschränken. Für die vertragliche Haftung gilt die Bestimmung des § 276 Abs. II BGB.[80]), wonach die Haftung wegen Vorsatz dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden kann. Ein trotzdem getroffenes Uebereinkommen würde gegen § 134 BGB. verstoßen und somit nichtig sein. Die Haftung für Fahrlässigkeit könnte dagegen durch vertragliche Vereinbarung ausgeschaltet werden. Das gilt auch für die Haftung bei unerlaubten Handlungen, die der Arzt dem Patient etwa zufügen könnte; auch diese kann durch Vereinbarung ausgeschlossen werden, soweit nicht anderweitige gesetzliche Bestimmungen, wie § 276 Abs. II BGB. entgegenstehen.[81]) Dem Kranken kann jedoch regelmäßig nichts daran liegen, daß der Arzt berechtigt sein soll, bei der Behandlung seines Körpers Kunstfehler zu begehen, während es andererseits auch dem Ruf des Aerztestandes nicht dienlich sein würde, wenn er sich von der Haftung für Fahrlässigkeit freizeichnen wollte.

Im Anschluß hieran mag das konkurrierende Verschulden des Patienten behandelt werden. Die Bestimmung des § 254 BGB. greift in allen Fällen der im BGB. bestimmten Schadensersatzpflicht Platz, mag diese aus Verträgen, aus unerlaubter Handlung oder unmittelbar aus gesetzlicher Vorschrift begründet sein. Das ist schon zu schließen aus der Stellung der Vorschrift des § 254 BGB. im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse.[82]) Die Einrede[83]) des konkurrierenden Verschuldens

[79]) Vgl. RG Z 85, 185; 88, 433; 99, 35

[80]) RGR-Komm. § 276 Anm. 1 a. E.

[81]) Gruch. 55, 344 JW 1911, 714; Staudinger Vorbem. zu §§ 823 ff.; C.

[82]) RG Z 62, 348; Warn. Rspr. 1910 Nr. 419.

[83]) Die prozessuale Streitfrage, ob es sich im § 254 BGB. um eine Einrede oder eine Einwendung handelt, kann hier nicht weiter berücksichtigt werden. In der Rechtsprechung wird die Bestimmung als Einrede behandelt; sie ist also nur zu berücksichtigen, wenn der Beklagte sich auf sie beruft. Es genügt jedoch, daß die Behauptungen des Beklagten seine Absicht erkennen lassen, das eigene Verhalten des Klägers zur Abwehr seiner Ansprüche zu verwerten. Vgl. RG Z 51, 186; 55, 321; 59, 311; JW 06, 85, Nr. 4; 09, 13, Nr. 5; Warn. Rspr. 08 Nr. 608; RGR-Komm. § 254 Anm. 4 S. 418; Soergel § 254 V, 1, S. 495). Dagegen hält das Schrifttum an der Ansicht fest, daß es sich bei der Vorschrift des § 254 BGB. um eine Einwendung handelt, die auch von Amtswegen berücksichtigt werden müßte. Warneyer Komm. § 254, VI, S. 427; Oertmann § 254 Anm. 10, S. 91; Planck § 254 Bem. 6; Enneccerus § 236 Nr. 5 und Nr. 19; Staudinger § 254 4, S. 170.

des Kranken kann somit in manchen Fällen geeignet sein, die Schadensersatzpflicht des Arztes zu mindern oder womöglich sogar zu beseitigen. Das Maß der Sorgfalt, mit dem der Kranke handeln muß, ist naturgemäß geringer als dasjenige des Arztes, den vermöge seiner besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten eine strengere Verpflichtung trifft. Ein eigenes Verschulden des Kranken wird man vielleicht unter Umständen bejahen können, wenn ein Kranker einen anerkannt untauglichen Arzt gewählt hat. Jedoch muß man hier der Vertrauensseligkeit des Publikums viel zugute halten und kann nur von Fall zu Fall mit besonderer Vorsicht entscheiden, ob in der Wahl des untauglichen Arztes ein Verschulden des Kranken zu finden ist.[84]) Da der § 254 BGB. auch berücksichtigt, ob der Beschädigte es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, so ergibt sich die Frage nach der Pflicht des Kranken, sich zur Minderung der Schadensersatzpflicht des Arztes operieren zu lassen. Grundsätzlich wird eine solche Pflicht anerkannt, jedoch nur unter besonderen Voraussetzungen. In einer Entscheidung vom 30. Mai 1913 hat das Reichsgericht[85]) eine Umgrenzung der Operationspflicht gegeben. Danach muß das freie Selbstbestimmungsrecht des einzelnen Menschen über seinen Körper seine Grenzen dort finden, wo sich seine Ausübung lediglich als Eigensinn oder als rücksichtslose, selbstsüchtige Ausnutzung der Haftung des Schadensersatzpflichtigen darstellt. Jedoch muß die Operation gefahrlos sein in dem Sinne, wie überhaupt nach dem jeweiligen Stande der ärztlichen Wissenschaft von einer Gefahrlosigkeit gesprochen werden kann. Einer Chloroformnarkose braucht sich kein Beschädigter zu unterziehen. Die Operation darf ferner nicht mit nennenswerten Schmerzen verbunden sein, weil man dem Verletzten nicht zumuten kann, zur Minderung der Schadenersatzpflicht seines Schädigers noch besondere Schmerzen auf sich zu nehmen. Ferner muß die Operation nach dem Gutachten der Sachverständigen mit Sicherheit eine beträchtliche Besserung erwarten lassen, entweder völlige Wiederherstellung oder wenigstens eine sehr erhebliche Steigerung seiner Erwerbsfähigkeit. Endlich muß der Ersatzpflichtige sich erbieten, die erforderlichen Kosten vorzuschießen oder die Vornahme der Operation auf seine Kosten zu erwir-

[84]) Vgl. dazu Rabel S. 15.
[85]) in JW 1913, S. 976.

ken.[86]) In einem von Ebermayer[87]) mitgeteilten Urteil des Reichsgerichts vom 20. 11. 1911 wurde die Weigerung, sich an der linken Hand ein Fingerglied abnehmen zu lassen, für ein konkurrierendes Verschulden im Sinne von § 254 BGB. erklärt, da der Verletzte verpflichtet sei, zur Heilung oder Besserung einer Krankheit die sich ihm darbietenden Mittel der medizinischen Wissenschaft zu benutzen. M.E. liegt das schon hart an der Grenze der vom Reichsgericht in der oben erwähnten Entscheidung[88]) aufgestellten Grundsätze. Zwar wird die Abnahme eines Fingergliedes in der Regel ungefährlich und nicht allzu schmerzhaft sein, immerhin bedeutet sie aber eine nicht belanglose Verletzung der körperlichen Integrität, die man abgesehen von diesem einzelnen Falle nicht allgemein dem Verletzten wird zumuten können.[89]) Auch folgende, von Rabel[90]) berichtete Entscheidung eines Falles kann m. E. keine grundsätzliche Geltung beanspruchen: Ein Arzt hatte zu Zwecken einer Hautplantation einem fünfzehnjährigen Dienstmädchen 24 Hautstücke von Armen und Beinen genommen, sie nach Hause geschickt und Bettruhe angeordnet. Trotzdem war das Mädchen aufgestanden und hatte seine Arbeit verrichtet. Infolgedessen hatte sich ihr Zustand verschlimmert, die Wunden eiterten. Der Arzt wurde strafrechtlich freigesprochen. Zivilrechtlich wird man bei einem fünfzehnjährigen Dienstmädchen von einem konkurrierenden Verschulden in einem solchen Falle wohl nicht immer reden können. Es ist jedesmal zu prüfen, ob das Mädchen auch die Möglichkeit hatte, in dem fremden Haushalt, in dem es diente, sich die erforderliche Schonung aufzuerlegen, und ob man von einem jungen Dienstmädchen erwarten kann, daß es die Mahnung des Arztes zur Bettruhe für wichtiger erachtet als die Schwierigkeiten und die Kündigung, die ihm womöglich von Seiten der Dienstherrschaft drohen. Die Entscheidung, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teile verursacht ist, kann somit oft erhebliche Schwierigkeiten bieten.

[86]) Mißlingt diese neue Operation und entsteht durch sie ein weiterer Schaden, so haftet hierfür der bisherige schadenersatzpflichtige Arzt, weil auch dieser Schaden dann in ursächlichem Zusammenhang mit der von ihm verschuldeten Verletzung steht. (siehe RG in JW 1913, S. 976.

[87]) S. 95.

[88]) JW 1913, S. 976.

[89]) zweifelnd auch Ebermayer S. 95.

[90]) S. 14. ferner vergl. noch RG Seuff. Arch. 63, Nr. 199, S. 354/355; RG Z 60, 147 ff.

V. Die Haftung des Arztes für Vertreter und Hilfspersonen.

Gemäß § 613 BGB. hat der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste im Zweifel in Person zu leisten. Danach ist der Dienstverpflichtete im Zweifel nicht berechtigt, die Dienstleistung durch einen anderen vornehmen zu lassen. Nimmt der Dienstverpflichtete die von ihm zu leistende Arbeit nicht persönlich vor, so kommt er in Schuldnerverzug; daran hindert auch nicht, daß er etwa einen Ersatzmann gestellt hat.

Jedoch ist in § 613 BGB. nur eine Auslegungsregel aufgestellt worden, die auch die Möglichkeit einer anderen Auffassung offen läßt; nur im Zweifel soll der Dienstverpflichtete zur persönlichen Leistung verpflichtet sein. Danach ist es also zulässig, daß die Parteien selbst übereinkommen, eine Vertretung zuzulassen und ferner auch, daß nach der Verkehrssitte, nach Treu und Glauben, der Dienstverpflichtete, anstatt persönlich seine Dienste zu leisten, zur Stellung eines Ersatzmannes berechtigt ist.

Bei dem Vertragsverhältnis zwischen dem Arzt und dem Kranken wird man dem Arzt das Recht zubilligen müssen, einen Ersatzmann zu stellen. Die Ansicht Meyers [91]), es widerspreche dem Vertrauensverhältnis zwischen Kranken und dem Arzt, wenn dieser die ärztliche Behandlung durch einen anderen vornehmen lasse, und daher stehe dem Arzt grundsätzlich eine derartige Befugnis nicht zu, dürfte doch zu weit gehen. Man wird vielmehr sagen müssen, daß jedenfalls unter den heutigen Verhältnissen nur ausnahmsweise die Stellung eines Vertreters dem Arzt nicht gestattet ist. Wenn ein Kranker von weit her zureist und einen berühmten Spezialisten aufsucht, so wird er Wert darauf legen, von diesem persönlich behandelt zu werden. Wenn der Arzt mit dem Zustand eines Kranken, dessen Behandlung schwierig ist, seit Jahren vertraut ist, und plötzlich in dem Befinden des Kranken eine akute Verschlimmerung eintritt, so kann der behandelnde Arzt selbstverständlich einen zweiten Arzt hinzuziehen, er wird aber auch persönlich kommen müssen, damit nicht der etwa gestellte Ersatzmann kostbare Zeit mit der Stellung einer Diagnose verliert, und somit die Möglichkeit, dem Kranken zu helfen oder ihn gar zu retten, verloren geht. Ebermayer [92]) weist auf zwei Fälle hin, wo es zweifelhaft sein kann, ob der Arzt berechtigt ist, einen Vertreter zu entsenden oder nicht vielmehr selbst kommen muß, einmal, wenn der Kranke bewußtlos ist, er sich also gar nicht ent-

[91]) S. 32.
[92]) S. 105.

scheiden kann, ob er mit der Vertretung einverstanden sein will oder nicht, und ferner, wenn dem Kranken gar keine Wahl bleibt, z. B. auf dem platten Lande. Man wird es dann auf die Lage des einzelnen Falles abstellen müssen, ob man den Arzt für verpflichtet ansehen will, persönlich zu behandeln. Das wird man dann annehmen müssen, wenn er nicht in der Lage ist, einen Vertreter zu schicken, der den im täglichen Leben an einen ordentlichen Arzt gestellten Anforderungen entspricht und daher vernünftigerweise nicht zu erwarten ist, daß der Kranke mit einer solchen Vertretung einverstanden sein konnte, selbst wenn er sich dessen Behandlung in Anbetracht der Zwangslage, daß ein anderer Arzt auf dem Lande nicht zu erreichen war, gefallen ließ. Schickt der Arzt einen Ersatzmann, obschon er persönlich behandeln mußte, so haftet er für allen Schaden, der bei der persönlichen Behandlung nicht entstanden wäre. Abgesehen von den oben erwähnten und ähnlichen Fällen kann sich der Arzt vertreten lassen.[93]) Die Eigenart des ärztlichen Berufes zwingt dazu, die Grenzen dieser Befugnis weit zu ziehen. Außer Zweifel steht, daß der Arzt, der in Urlaub geht, mangels anderer Vereinbarung nicht zu persönlicher Dienstleistung verpflichtet ist. Es hieße aber die Wirksamkeit der ärztlichen Hilfeleistung beschränken, wollte man nicht allgemein im täglichen Leben, z. B. dem Arzt, der durch die Behandlung eines plötzlich lebensgefährlich Verletzten länger festgehalten wird und somit den versprochenen Besuch nicht oder nicht zeitig ausführen kann, gestatten, einen Vertreter zu entsenden, um beiden Kranken zu helfen.

Der Kranke hat seinerseits das Recht, die Behandlung durch einen Vertreter abzulehnen. Erklärt er sich aber mit der Behandlung des Vertreters einverstanden, so wird man in manchen Fällen, z. B. bei einmaliger Behandlung durch den Ferienvertreter eines Landarztes, annehmen können, daß zwischen dem Vertreter und dem Kranken ein neues Vertragsverhältnis zustandegekommen, daß der zunächst konsultierte Arzt seiner Verpflichtungen ledig ist, und der Vertreter für die ihm etwa unterlaufenen Kunstfehler selbständig haftet. Jedoch läßt sich diese Frage nur von Fall zu Fall entscheiden. Es ist auch sehr wohl denkbar, daß der zunächst konsultierte Arzt weiter im Vertragsverhältnis mit dem Kranken stehen bleibt.[94]) War der zunächst konsultierte Arzt bei der Auswahl des Vertreters nicht

[93]) Vgl. Flügge S. 67 ff; Rabel S. 24; Ebermayer S. 105.

[94]) Vgl. RG in DJZ 1923, S. 45 f., wo der ständige Vertreter des Arztes als dessen Erfüllungsgehilfe erklärt wird.

mit der nötigen Sorgfalt vorgegangen, so haftet er für alle auf der Minderwertigkeit des Vertreters beruhenden Schäden des Kranken. Denn das Vertragsverhältnis des erstgerufenen Arztes mit dem Kranken verpflichtet jenen, wenn auch nicht zur persönlichen Hilfeleistung, so doch zur Sorgfalt, die im Verkehr erforderlich ist. (§ 276 BGB.). War der Arzt bei der Auswahl des Vertreters fahrlässig, so haftet er für die Fehler, die ein ordentlicher Arzt nicht begangen hätte.[95])

In den beiden vorerwähnten Fällen kann der § 278 BGB. garnicht zur Anwendung kommen. War der Arzt zur Erfüllung der ihm vertraglich obliegenden Verpflichtung mittels eines Vertreters überhaupt nicht berechtigt, hat er sich aber gleichwohl eines solchen bedient, so bedeutet schon diese Handlungsweise an sich eine zu vertretende Pflichtverletzung. War aber der Arzt zur Leistung durch einen anderen zwar befugt, hat er indessen bei der Auswahl der Hilfeperson schuldhaft gehandelt, so liegt in der Art und Weise dieser Rechtsübung eine Pflichtverletzung. Der Arzt haftet somit in diesen Fällen schon aus eigenem Verschulden, während der § 278 BGB. gerade einen Haftungsgrund für fremdes Verschulden aufstellt.[96])

Der Bestimmung des § 278 I BGB. liegt der Gedanke zugrunde, daß der Verpflichtete, der sich bei der Dienstleistung eines anderen bedient, dem Berechtigten gegenüber die Gefahr tragen soll, die für diesen daraus entsteht, daß der Verpflichtete nicht selbst, sondern durch einen anderen leistet. Voraussetzung für die Anwendung der Bestimmung des § 278 BGB. ist einerseits ein Verschulden der Hilfsperson, andererseits, daß ein Verschulden des Verpflichteten selbst nach keiner Richtung hin vorliegt, weil dieser sonst schon, wie oben dargelegt, aus dem Gesichtspunkt des eigenen Verschuldens haften würde.

Zu den Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, zu den Erfüllungsgehilfen, gehören alle zu diesem Zwecke Verwendeten, falls deren Tätigkeit nur in irgendeiner Weise der Erfüllung gedient hat, mag der Gehilfe die gesamte Leistung bewirkt haben, oder mag der Verpflichtete selbst mit tätig gewesen sein.[97]) Unter Erfüllung ist dabei nicht nur die unmittelbare Erfüllung zu verstehen, sondern alles, was auf Grund des Vertrages von dem Schuldner

[95]) Rabel S. 62; Ebermayer S. 105.

[96]) Vgl. RGR-Komm. § 278 Anm. 1 S. 460; Staudinger § 278, II, 1, b, S. 299.

[97]) RG Z 55, 331; Seuff. Arch. 1920, Nr. 16; Staudinger § 278. II. 1, b, S. 300.

verlangt werden kann. Als Erfüllungsgehilfen des Arztes kommen hauptsächlich in Frage Assistenzärzte, Röntgenassistenten, Assistentinnen und ferner auch Wärter, Dienstboten und Kutscher. Ob eine verwendete Hilfskraft als Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB. anzusehen ist, wird jedoch im einzelnen Fall jeweils nach den besonderen Umständen zu entscheiden sein. Die Erfüllungsgehilfen müssen mit dem Willen des Arztes tätig werden. Ein von dem Erfüllungsgehilfen des Arztes hinzugezogener weiterer Gehilfe ist nur dann als Erfüllungsgehilfe des Arztes anzusehen, wenn seine Verwendung dem Willen des Arztes entspricht.[98]) Wenn der Assistenzarzt eines Chirurgen, der dessen Erfüllungsgehilfe gegenüber dem Kranken ist, eine technische Verrichtung einer Krankenschwester überträgt, so wird man in den meisten Fällen wohl annehmen müssen, daß der Assistenzarzt hierzu als Bevollmächtigter anzusehen ist, die Krankenschwester somit auch mit dem Willen des Chirurgen tätig wird und daher auch dessen Erfüllungsgehilfin ist. Wäre der Assistenzarzt zu der Zuziehung der Schwester nicht berechtigt gewesen, so würde eine Haftung des Chirurgen für diese auf Grund von §278 BGB. nicht in Frage kommen. Andererseits ist aber bei der Zuziehung eines weiteren Gehilfen durch den Erfüllungsgehilfen ohne Wissen und Willen des Schuldners zu beachten, daß in der Zuziehung des weiteren Gehilfen selbst nicht schon ein Verschulden des Erfüllungsgehilfen liegen darf, der Assistenzarzt also nicht etwa schuldhaft einen untauglichen weiteren Gehilfen zuziehen darf, in dem er z. B. der Krankenschwester eine Verrichtung überträgt, die nur von einem Arzt besorgt werden kann. Denn in einem solchen Falle liegt ein Verschulden des Erfüllungsgehilfen selbst, des Assistenzarztes, vor, für das der Arzt gemäß § 278 BGB. einstehen muß; der Arzt würde hier also nicht deswegen haften, weil die Krankenschwester seine Erfüllungsgehilfin ist, sondern weil der Assistenzarzt als sein Erfüllungsgehilfe schuldhaft den etwa entstandenen Schaden verursacht hat.[99])

Andererseits kann man als Erfüllungsgehifen nicht den ansehen, der die Erfüllung der ganzen Verbindlichkeit des Schuldners als dessen Ersatzmann derart übernimmt, daß der Schuldner aus dem Vertragsverhältnis ausscheidet. Wenn der Arzt befugterweise einen Ersatzmann schickt, weil er selbst die Behandlung vorzunehmen verhindert ist, und dem Patienten das zu erkennen gibt, so wird man meist annehmen können, daß

[98]) Oertmann, § 278, b, S. 164; RGZ 102, S. 235.

[99]) Vgl. dazu Staudinger § 278 II, 1, b, S, 299.

das Vertragsverhältnis zwischen dem Arzt und dem Kranken sich darauf erstreckte, daß der Arzt dem Kranken einen geeigneten Vertreter benennen sollte, daß also ein eigentlicher Arztvertrag zwischen diesen beiden Personen garnicht zustandegekommen ist, der erstere Arzt somit auch nicht für den zweiten Arzt als seinen Erfüllungsgehilfen einzustehen braucht.[100])

Der § 278 BGB. erfordert ferner, daß sich der Schuldner der Hilfspersonen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient hat. Das ist dann nicht der Fall, wenn die Hilfspersonen nur bei Gelegenheit der Hilfeleistung schuldhaft eine schadenbringende Handlung begangen hat. Die Handlung des Gehilfen muß mit der Erfüllung in innerem Zusammenhang stehen.[101]) Bei der ärztlichen Behandlung wird eine dahingehende Feststellung durchweg unschwer zu machen sein. Man wird jede Tätigkeit des Assistenzarztes, der Schwester, des Wärters usw. dazu rechnen können, die für die Behandlung des Kranken erforderlich war, die also der Arzt selbst zur ordnungsgemäßen Erfüllung der ihm vertraglich obliegenden Verpflichtung hätte ausführen müssen, falls ihm nicht die Unterstützung dieser Hilfspersonen zur Verfügung gestanden hätte. Hierzu rechnen entsprechend auch Unterlassungen. Zu den Erfüllungshandlungen gehört bei den ärztlichen Hilfspersonen demnach wohl fast alles, was diese bei der Behandlung tuen; die wenigen Ausnahmen sind wohl hauptsächlich, daß die Hilfsperson den Kranken bestiehlt, beleidigt oder ihm gegenüber sich einer unsittlichen Handlung schuldig macht; solche Fälle haben nichts zu tun mit der Erfüllung der schuldnerischen Verbindlichkeit; sie bietet dazu nur die Gelegenheit.

Der Schuldner hat nach § 278 BGB. das Verschulden seiner Hilfsperson im gleichen Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Erforderlich ist also, daß den Erfüllungsgehilfen ein Verschulden trifft. Da der Arzt grundsätzlich für Vorsatz und Fahrlässigkeit haftet, so ist er dafür verantwortlich, daß seine Erfüllungsgehilfen allgemein die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aufwenden.

Der Satz 2 des § 278 BGB. gibt dem Arzt aber die Möglichkeit, auch die Haftung wegen Vorsatzes der Hilfspersonen im voraus auszuschließen. Da die Haftung wegen Fahrlässigkeit immer ausgeschlossen werden kann, hat der Arzt die Möglich-

[100]) Vgl. dazu RG Z 63, 304; 78, 311; RGR-Komm. § 278, 3; **aber** DJZ 1923, S. 45; v. Tuhr, Allg. Teil, II, 2, S. 463.

[101]) RG Z 63, 344; JW 06, 460, Nr. 16; Oertmann § 278, Anm. 3, e, S. 168; RGR-Komm. § 278, 3, S. 463; Staudinger § 278, II, 2, b, S. 302 ff.

keit, sich von der Haftung für seine Hilfspersonen völlig freizuzeichnen. Im täglichen Leben wird von dieser Möglichkeit wohl wegen der damit verbundenen beruflichen Schädigungen kaum Gebrauch gemacht.

Im § 831 Abs. I S. 1 BGB. ist bestimmt, daß derjenige, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, den der andere in Ausübung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Während der § 278 BGB. eine Haftung für fremdes Verschulden gibt, handelt es sich in der Bestimmung des § 831 BGB. um eine Haftung aus vermutetem eigenen Verschulden für bloße fremde Widerrechtlichkeit, um die Haftung des Geschäftsherrn für die von seinen Angestellten begangenen unerlaubten Handlungen. [102]) Der § 278 BGB. findet im Gebiet der unerlaubten Handlungen keine Anwendung; denn diese Bestimmung will nur die Fälle treffen, in denen sich der Schuldner innerhalb der zwischen ihm und einem anderen bestehenden Verbindlichkeiten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit fremder Personen bedient. Dagegen kommt § 831 BGB. nur zur Anwendung außerhalb irgendwelcher rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Verbindlichkeiten. Wenn also die Verrichtung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgen sollte, so ist nicht § 831 BGB., sondern nur § 278 BGB. anwendbar. Der § 831 BGB. enthält demnach eine besondere Rechtsregel für die Fälle, die durch § 278 nicht gedeckt sind. In der Literatur herrscht in diesem Punkte allerdings keine Einstimmigkeit. Oertmann, [103]) Endemann, [104]) RGR. Kommentar [105]) Planck, [106]) wollen den Trennungsstrich zwischen § 278 BGB. und 831 BGB. nicht so streng ziehen, sondern unter Umständen beide Bestimmungen Anwendung finden lassen. Dagegen stehen andere Schriftsteller [107]) auf dem Standpunkt, daß sich die Vorschriften gegenseitig ausschließen. Das ist auch der Standpunkt des Reichsgerichts, [108]) das sich wiederholt und in ständiger Rechtsprechung dafür ausgesprochen hat, daß der § 278 BGB. ein bestehendes Schuldverhältnis voraussetze und nur innerhalb eines Schuldverhältnisses Anwendung finde, und

[102]) Loewenwarter § 831 S. 486; Staudinger § 831, 1, S. 1858 und die dort angeführten Stellen.

[103]) § 831, Bem. 5.

[104]) Bd. I, § 116, Anm. 23.

[105]) § 831, Bem. 1

[106]) § 831, 8. u. a.

[107]) vgl. Staudinger § 831, 6, S. 1868 und die dort angeg. Literatur; Ebermayer S. 105; Loewenwarter § 831, S. 487.

[108]) RG Z 62, 346; 75, 257; 78, 239; 79, 319.

daß außerhalb eines Schuldverhältnisses im Gebiet der unerlaubten Handlungen die Haftung des Geschäftsherrn sich nach § 831 BGB. bestimme. Zwischen dem Schädiger und Verletzten bei einer unerlaubten Handlung besteht vor Begehung der letzteren auf keiner Seite irgendein Schuldverhältnis; erst durch die unerlaubte Handlung selbst treten sie zu einander in gewisse Rechtsbeziehungen. Insoweit es sich um die Abwendung eines aus der bereits verursachten unerlaubten Handlung drohenden und um die Minderung eines daraus schon entstandenen Schadens handelt, können sich unter Umständen [109]) gewisse Verpflichtungen gegenüber der Person des Schädigers im Sinne des § 278 BGB. ergeben, die dessen entsprechende Anwendung auch außerhalb des Gebietes der rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeit gestatten. Abgesehen von diesem Falle läßt jedoch das Reichsgericht eine Ausdehnung der Anwendung des § 278 BGB. im Gebiete der unerlaubten Handlungen nicht zu, und erklärt die von den Gegnern dieser Ansicht vorgebrachten Schlüsse in ausführlicher Begründung als nicht stichhaltig. [110])

Andererseits läßt eine vertragliche Haftung eine etwaige außervertragliche Haftung unberührt, diese würde sich aber lediglich nach den Vorschriften der §§ 823, 831 BGB. bestimmen, für eine Anwendung des § 278 BGB. ist auch da kein Raum. [111])

Die Haftung aus § 831 wird demnach im praktischen Leben wohl am häufigsten in Frage kommen bei den in großen Krankenhäusern angestellten Aerzten, die zu den dort aufgenommenen Kranken in keinem unmittelbaren Vertragsverhältnis stehen. Wenn deren Assistenzärzte oder Krankenschwestern zu einer Verrichtung bestellt werden, haftet der sie bestellende Arzt unter den Voraussetzungen des § 831 BGB. Die Verrichtung kann in jeder Tätigkeit bestehen, sie kann eine oder mehrere Handlungen umfassen. Sie wird im Leben meistens darin bestehen, daß der bestellte Assistenzarzt den Kranken zu besuchen, zu behandeln oder zu operieren hat. Bei einer solchen Handlung muß der Bestellte dem Kranken widerrechtlich einen Schaden zugefügt haben. Es ist nicht erforderlich, daß der Bestellte auch schuldhaft gehandelt hat. Selbst wenn der Assistenzarzt, die Krankenschwester, der Wärter ohne jedes Verschulden den Kranken schädigen, haftet der Arzt. [112] Die Scha-

[109]) z. B. im Falle des § 254 Abs. II BGB.
[110]) Vgl. RGZ 62, 349 und im übrigen Staudinger zu § 831, Anm. 6, b.
[111]) So RG Z 99, 265.
[112]) So die herrschende Lehre.

denszufügung muß aber in Ausführung der Verrichtung erfolgt sein, nicht nur bei oder gelegentlich der Verrichtung. Wenn der Assistenzarzt oder die Schwester die von dem Kranken mitgebrachten Bücher, Kleider oder sonstigen Sachen beschädigt, so fällt das nicht mehr in den Kreis der ihnen aufgetragenen Untersuchung oder Pflege.

Die im Absatz I Satz 1 des § 831 BGB. aufgestellte strenge Haftung wird einigermaßen gemildert durch die Bestimmung des Satz 2 Abs. I, wonach die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet, oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Für die Beantwortung der Frage, ob der Arzt bei der Auswahl der bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, ist von wesentlicher Bedeutung, welcher Art die auszuführende Verrichtung war. Es ist nicht angängig, daß der Arzt eine Krankenschwester oder einen Wärter mit einer nur von einem Arzt auszuführenden Tätigkeit betraut. Er muß sich aber auch bei der Auswahl für solche Verrichtungen, die regelmäßig von derartigen Personen vorgenommen werden, großer Vorsicht befleißigen, weil es sich bei der ärztlichen Behandlung immer um wichtige Dinge handelt, um Gesundheit und Leben eines Menschen. Allgemeine Erwägungen sind keinesfalls geeignet, daß diesem Erfordernis genügt wird. Der Arzt wird sich vielmehr durch Erkundigungen und Zeugnisse, womöglich auch durch eigene Beobachtung ein genaues Bild machen müssen über die Fähigkeiten der von ihm beschäftigten Personen; bei den Assistenzärzten wird im allgemeinen die staatliche Approbation als Nachweis der erforderlichen Sachkunde angesehen werden; jedoch muß sich der Arzt bei schwierigen Verrichtungen doch fragen, ob ein junger und wenig erfahrener Assistenzarzt für eine solche Tätigkeit geeignet erscheint. Weiter wird verlangt, daß dann, wenn die Einstellung der Hilfskraft und die schadenbringende Verrichtung zeitlich auseinanderfällt, unter Umständen zum Beweise der Sorgfalt der Nachweis fortdauernder wachsamer Aufsicht während der Dienstzeit hinzukommt, da der Entlastungsbeweis für die Zeit der Verrichtung zu führen ist, und nur ein wohl beaufsichtigtes Personal als wohl ausgewählt erachtet werden kann. [113])

Kann der Arzt nachweisen, daß der Schaden auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt entstanden wäre, so kann

[113]) RG Z 87, 4.

er nicht auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden, weil es an dem ursächlichen Zusammenhang fehlt. Der Nachweis muß sich darauf erstrecken, daß der Schaden auch eingetreten wäre, wenn eine andere, zuverlässigere Person mit der Verrichtung betraut worden wäre, oder daß das Ergebnis von Ermittlungen über die Zuverlässigkeit des Bestellten zu dessen Auswahl berechtigt hätte, mag auch die Anstellung solcher Ermittlungen unterblieben sein. [114])

C. Zusammenfassung.

Aus alledem ergibt sich, daß die Vorschriften über die Haftung des Arztes streng sind. Man könnte versucht sein, bei dem stark altruistischen Charakter der ärztlichen Tätigkeit diese Bestimmungen als eine Härte anzusehen. Jedoch muß man in Erwägung ziehen, daß bei den vielen und großen Gefahren, die mit dem ärztlichen Beruf für die in Behandlung stehenden Menschen verbunden sind, eine brauchbare Handhabe zur Behebung der Schäden erforderlich ist, die durch schuldhafte Pflichtverletzungen derjenigen entstanden sind, denen man die kostbaren Güter, Leben und Gesundheit, zur Behandlung anvertraut. Da sind scharfe Haftungsbestimmungen notwendig, sowohl im Interesse der Allgemeinheit als auch des Rufes des ärztlichen Standes selbst.

[114]) RGR-Komm. § 831, Anm. 7 S. 603.